

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Procesal



TESIS DOCTORAL

El consenso en el proceso penal : España y Brasil

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Nereu José Giacomolli

DIRECTOR:

Rafael Hinojosa Segovia

Madrid, 2015

158.654



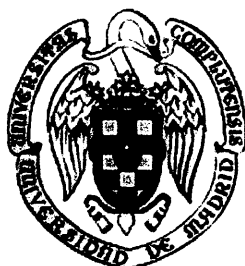
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5315357452

TE

1431



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**EL CONSENSO EN EL PROCESO PENAL:
ESPAÑA Y BRASIL**



**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR EL LCDO.
D. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI**

**DIRIGIDA POR EL PROF. DR.
D. RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA**

MADRID, 2000

DE DERECHO

SUMARIO

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	11

PRIMERA PARTE **LEGALIDAD, OPORTUNIDAD Y CONSENSO**

CAPÍTULO I **LEGALIDAD PENAL**

1) ANTECEDENTES.....	21
2) CONCEPTO.....	29
3) FUNDAMENTOS.....	33
4) GARANTÍAS.....	36
5) EFECTOS.....	39
A) En el proceso de creación de la norma penal.....	40
B) En las garantías criminales y penales.....	43

CAPÍTULO II **LEGALIDAD, OPORTUNIDAD Y CONSENSO EN EL** **PROCESO PENAL**

1) ANTECEDENTES.....	51
-----------------------------	-----------

A) Derecho romano.....	52
B) Derecho de origen germánico.....	58
C) Reunión de Helsinki y Consejo de Europa.....	69
D) Sistema del <i>Common Law</i>	75
 2) LA LEGALIDAD PROCESAL.....	86
A) Concepto y fundamento.....	86
B) Efectos.....	97
 3) OPORTUNIDAD Y CONSENSO.....	105
A) Conceptos.....	111
B) Fundamentos.....	131
a) Evita el estigma del proceso, de la condena y de la prisión.....	137
b) Protección procesal de la víctima.....	142
c) Tratamiento procesal simplificado a la criminalidad de menor entidad.....	146
d) Tratamiento preventivo e integrador.....	157
e) Adecuación a las finalidades del proceso.....	161
C) Críticas.....	163
a) Ofende las garantías procesales.....	164
b) Favorece a un utilitario mercantilismo del proceso penal.....	175
c) Solución procesal inadecuada.....	178
d) Un retraso y no un avance procesal.....	181

SEGUNDA PARTE

DERECHO ESPAÑOL

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO GENERAL

1) PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO PENAL.....	187
2) LEGALIDAD, OPORTUNIDAD Y CONSENSO.....	220

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE CONSENSO

1) LA CONFORMIDAD.....	247
A) Antecedentes y evolución	247
B) Concepto.....	257
C) Naturaleza jurídica.....	266
D) Fundamento.....	275
E) Especies.....	281
F) Conformidad en el proceso ordinario.....	284
a) Momentos procesales.....	284
b) Requisitos.....	287
c) Efectos.....	301
G) Conformidad en el proceso abreviado.....	326
a) Momentos procesales.....	327

b) Requisitos.....	331
c) Efectos.....	340
H) Conformidad en el proceso del Tribunal del Jurado...	350
a) Momentos procesales.....	350
b) Requisitos.....	354
c) Efectos.....	357
2) EL RECONOCIMIENTO DE LOS HECHOS.....	361
A) Concepto y naturaleza jurídica.....	361
B) Requisitos.....	369
C) Efectos.....	378

TERCERA PARTE

DERECHO BRASILEÑO

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO GENERAL

1) PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO PENAL.....	387
2) LEGALIDAD, OPORTUNIDAD Y CONSENSO.....	408

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE CONSENSO

1) LA TRANSACCIÓN CRIMINAL.....	430
A) Antecedentes.....	430
B) Concepto.....	440
C) Naturaleza jurídica.....	445
D) Fundamentos.....	449
E) Requisitos.....	454
F) Efectos.....	473
 2) ACUERDO CIVIL CON EFECTOS CRIMINALES.....	 488
A) Concepto y naturaleza jurídica.....	490
B) Fundamentos.....	494
C) Requisitos.....	498
D) Efectos.....	504
 3) LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO.....	 510
A) Antecedentes.....	510
B) Concepto.....	525
C) Naturaleza jurídica.....	530
D) Fundamentos.....	536
E) Requisitos.....	539
F) Efectos.....	557

CONCLUSIONES.....567

BIBLIOGRAFÍA.....587

ABREVIATURAS

aD: antes de Cristo

ADR: Alternative Dispute Resolution (Solución Alternativa de Conflictos)

AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Asociación de los Jueces del Estado brasileño de Rio Grande do Sul)

Ap.: Apelación

Ap.Crim.: Apelación Criminal

Art.: artículo

ATS: Auto del Tribunal Supremo

AATS: Autos del Tribunal Supremo

Câm.: Câmara (Sala del Tribunal)

CC: Código Civil

C/c.: combinado con

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CF: Constitución Federal

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CLT: Consolidação das Leis Trabalhistas (Consolidación de las Leyes Laborales brasileñas)

CP: Código Penal

CPC: Código Procesal Civil

CPP: Código Procesal Penal

CTB: Código de Tráfico Brasileño

dC: después de Cristo

Dig: Digesto

DJU: Diário Judicial da União (Boletín Oficial de la Federación brasileña)

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

EEUU: Estados Unidos de América
FGE: Fiscalía General del Estado
GVG: Ley Orgánica de los Tribunales Alemanes
HC: Habeas corpus
IBCCrim: Instituto Brasileño de Ciencias Criminales
Inq.: Inquérito policial
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO: Ley Orgánica
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTJ: Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
MF: Ministerio Fiscal
MP: Ministerio Público
MS: Mandado de Seguridad
Núm.: número
Pág.: página
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Rec.Esp.: Recurso Especial de competencia del STJ brasileño
RA: Repertório de Jurisprudencia Aranzadi
Recl.: Reclamación
RJTARGS: Revista de Jurisprudencia del Tribunal del Estado de Rio Grande do Sul
RSTJ: Revista del Superior Tribunal de Justicia
RT: Revista de los Tribunales
RTJ: Revista Trimestral de Jurisprudencia
Ss.: siguientes
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional
STJ: Superior Tribunal de Justicia

STF: Supremo Tribunal Federal

STM: Superior Tribunal Militar

StPO: Ley Procesal Penal Alemana

T.: Turma

TA: Tribunal de Alçada (Tribunal estadual brasileño, con competencia limitada)

TARGS: Tribunal de Alçada del Estado de Rio Grande do Sul, Brasil

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRF: Tribunal Regional Federal

TS: Tribunal Supremo

TSE: Tribunal Superior Electoral

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

“El consenso en el proceso penal: España y Brasil”, es el título de nuestro trabajo original de investigación para la obtención del Grado de Doctor, exigido por las normas que regulan el tercer ciclo de estudios universitarios.

Exponemos a continuación, las justificaciones de la elección del tema, los límites, el método, las fuentes y la estructura.

Básicamente, las **razones** que nos han llevado a la elección del consenso como tema de la investigación son:

Primera: analizar un asunto problemático del proceso penal que afectase tanto al sistema español como al brasileño, en mayor o menor grado, pues al mismo tiempo en que estamos realizando un curso de doctorado en España, los conocimientos adquiridos en este período ciertamente serán aprovechados en nuestra actividad jurídica en Brasil.

Segunda: uno de los temas controvertidos en la actualidad en el proceso penal, tanto de España, como de Brasil, es el relativo a las funciones atribuidas a los diferentes sujetos en la fase preliminar, más precisamente, quien debe conducir esta fase: la policía, el Ministerio Fiscal o un Juez. No menos problemática es la discusión sobre los mecanismos de oportunidad y de consenso en el proceso penal. Desde que el Estado ha tomado para sí el poder-deber de penar, a través de un proceso conducido por un tercero imparcial, ha triunfado el principio de legalidad en el sistema continental de origen romano-germánico.

La sobrecarga de trabajo, generada también por una inflación de tipos penales, principalmente de infracciones de bagatela, ha puesto de relieve la necesidad de mantener la obligatoriedad acusatoria en el derecho alemán, lo que ha originado los actuales párrafos 153 y 154 de la Ley Procesal.

Sin embargo, con el auge de los Estados Unidos de América en la economía, en la política, y en las costumbres, algunos de sus institutos jurídicos están siendo adoptados o imitados, total o parcialmente, por los demás ordenamientos, con especial influencia de la *plea bargaining* o *plea negotiation*. Esto ha proporcionado una discusión acerca de los principios de legalidad, de oportunidad, y del consenso en el proceso penal.

La Reunión de Helsinki de 1986, la Resolución (75)11, de 21 de mayo de 1975, y la Recomendación (87)18, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa han puesto de manifiesto la necesidad de adoptar mecanismos de simplificación del proceso, principalmente a través del consenso.

En España, ésto se vio incrementado con la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, al posibilitar el consenso entre las partes, e incentivar la conformidad y el reconocimiento de los hechos. En Brasil, la reforma constitucional de 1988 expresamente admite el consenso en el proceso penal, lo que fue reglamentado por ley ordinaria después de siete años, en las modalidades de consenso sobre la pena, sobre el proceso y del efecto impeditivo de una acusación en las hipótesis de acuerdo civil.

No podemos olvidar que hubo una potenciación de los mecanismos de consenso, tanto a lo que se refiere a la pena como al proceso, en varios países europeos. En Alemania se admite el archivo condicional y el incondicional,

tanto en la fase preliminar como en la fase del juicio oral. En Italia es posible el consenso sobre la pena desde 1981, ampliado en la reforma del Código Procesal Penal de 1988, permitiéndose, también el consenso sobre el proceso. En Portugal es posible la aplicación de una pena alternativa, con el acuerdo del acusado, el archivo condicional y la suspensión del proceso a prueba, mecanismos previstos en el Código Procesal Penal de 1987, modificado en el año siguiente. Además, no podemos olvidar el poder de disposición que la jurisprudencia francesa extrae del artículo 40 del Código de Proceso Penal y el archivo polaco previsto en el Código Penal de 1970.

Tercera: conscientes de que la doctrina procesal se ha preocupado por la delimitación del concepto, de la naturaleza jurídica y del objeto del proceso, con especial énfasis en la actividad de los sujetos involucrados; y que la ciencia procesal ha evolucionado de un paradigma explicativo-descriptivo para una concepción explicativa-funcional o teleológica, es decir, en la búsqueda de los fines del proceso, elegimos un tema relacionado por su funcionalidad instrumental de efectividad y garantía puesta al servicio de la jurisdicción. Esto sin olvidar que la sociedad tiene interés en la aplicación del *ius puniendi* y también en un proceso rápido y adecuado, que no olvide la persona de la víctima. Los mecanismos de consenso pueden situarse dentro de este nuevo paradigma.

Cuarta: estos mecanismos de consenso, de un modo general, en mayor o menor grado, producen una infinidad de cuestiones procesales y penales, cuya problemática, según CHIAVARIO necesita ser construida. Esta problemática merece un enfrentamiento también desde el punto de vista procesal, no como una *fairness*, o justicia de resultado, o utilitaria, sino dentro de un substancialismo jurídico de incidencia proporcional del *ius puniendi* y de

protección del *status libertatis*, dentro de un sistema confiable para la sociedad. Nuestro objetivo es contribuir a esta construcción.

Sentado lo anterior, hemos de señalar los **límites** de nuestra investigación. Aunque el plano inicial era de un análisis pormenorizado de los mecanismos de consenso de los diversos países europeos, restringimos el trabajo a los mecanismos de consenso existentes en España y en Brasil, lo que no nos ha impedido de señalar como antecedentes o en notas al pie las situaciones existentes en otros ordenamientos jurídicos. Asimismo, limitamos el análisis a los mecanismos de oportunidad permitidos expresamente por la ley, principalmente en la modalidad de consenso, es decir, de la conformidad y del reconocimiento de los hechos en el Derecho español, de la transacción criminal, del acuerdo civil impeditivo de una pretensión criminal, y de la suspensión condicional del proceso penal brasileño.

Seguimos la **metodología** racional, no experimental, es decir, de la constatación de la realidad, con aceptación de ciertas proposiciones y de principios evidentes, como lo es el interés público en el proceso penal, la actuación del *ius puniendi* a través de un proceso conducido por un órgano jurisdiccional estatal, y el de legalidad en el proceso penal español y brasileño. A continuación, utilizamos el procedimiento descriptivo-analítico para situar los diversos mecanismos de consenso dentro de la dogmática procesal. Esta metodología racional nos permite obtener una visión más amplia de la investigación.

Utilizamos, como regla, el razonamiento deductivo, pues partimos de verdades universales para, mediante la argumentación, tornar claras las verdades particulares, relacionando el antecedente con el consecuente.

También, la investigación descompone cada problema en el mayor número posible de fracciones para mejor resolverlo, por medio del raciocinio analítico.

Desde el punto de vista expositivo, se ha seguido, siempre que ha sido posible, un sistema lógico formal uniforme, principalmente, al tratar de los diferentes mecanismos de consenso, es decir, el concepto, la naturaleza jurídica, el fundamento, los requisitos subjetivos, objetivos, la actividad de los sujetos, y los efectos.

En la labor de investigación hemos constatado que la doctrina española se divide en dos grupos respecto a considerar o no la conformidad y el reconocimiento de los hechos como manifestaciones del principio de oportunidad. Su aceptación se extiende desde una acepción muy amplia hasta la restricción al ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal. Además, un sector de la doctrina reconoce en la conformidad y en el reconocimiento de los hechos, manifestaciones de la denominada “oportunidad reglada”. También hay manifestaciones importantes de que el ordenamiento jurídico español adopta el principio de oportunidad y/o de consenso, al mismo tiempo.

La doctrina brasileña prácticamente no discute el binomio legalidad/oportunidad en el proceso penal, aunque la más significativa defiende la existencia de una flexibilidad de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. Diferentemente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, la jurisprudencia brasileña, tanto del Supremo Tribunal Federal, que es la última instancia constitucional, como del Superior Tribunal de Justicia, que es el órgano judicial que decide los recursos de los Tribunales Superiores Estatales, en los puntos más problemáticos, no es uniforme. Esta divergencia no se restringe entre los dos Tribunales, sino entre las propias salas de estos órganos superiores en lo que respecta a las mismas

situaciones fácticas y jurídicas. Esto ocurre principalmente sobre las consecuencias del incumplimiento de la pena consensual, y si las medidas alternativas a la pena común o a la suspensión del juicio a prueba son un derecho subjetivo del imputado o están en la esfera de discrecionalidad subjetiva del Ministerio Público.

Las **fuentes** principales de la investigación son, en lo que respecta a la parte española, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, principalmente las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre; la doctrina sobre la conformidad y sobre el reconocimiento de los hechos; y la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Supremo. En lo que atañe al derecho brasileño, las fuentes legales consultadas son el artículo 98 de la Constitución Federal y la Ley 9.099/95, de 26 de septiembre, la doctrina, aunque no tan abundante como la española, y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia.

El desarrollo de la investigación se **divide** en tres partes: La primera trata de situar los principios de legalidad y de oportunidad en el proceso penal y se divide en dos capítulos. El primero enfoca la legalidad desde el punto de vista del derecho penal: los antecedentes, el concepto, los fundamentos, las garantías y los efectos. El segundo capítulo analiza la legalidad y la oportunidad en el proceso penal: sus antecedentes, concepto, fundamentos y las críticas generales que recibe la oportunidad en el proceso penal.

La segunda parte trata específicamente del Derecho español. En el primer capítulo, tratamos de las principales características del proceso penal español y específicamente de la problemática interna de la legalidad, oportunidad y del consenso. En el segundo capítulo se analizan los mecanismos específicos de consenso: la conformidad y el reconocimiento de los hechos.

La tercera parte trata del consenso en el proceso penal brasileño. El primer capítulo sitúa las principales características del proceso penal brasileño y de la discusión interna del trinomio legalidad/oportunidad/consenso. El segundo capítulo se refiere específicamente a los mecanismos de consenso, es decir: transacción criminal, acuerdo civil que prohíbe una acusación criminal, y suspensión condicional del proceso.

Terminamos la tesis con la exposición de los resultados obtenidos en las correspondientes conclusiones.

PRIMERA PARTE:

LEGALIDAD,

OPORTUNIDAD Y

CONSENSO

CAPÍTULO I

LEGALIDAD PENAL

1) ANTECEDENTES

El principio de legalidad no es un principio del derecho romano, pues fue ajeno a la época del imperio romano y al derecho de Justiniano, con su *crimina extraordinaria* y sus conceptos criminales amplios, casi ilimitados. Tampoco corresponde al Derecho Penal romano de la voluntad que regía para los *delicta publica* y no conocía distinción alguna entre preparación, tentativa y consumación, es decir, ninguna clase de tipicidad¹.

En el Derecho romano y en el Derecho medieval románico, aunque se preveía en cierta medida la retroactividad, era absolutamente usual castigarse conforme al derecho consuetudinario o al arbitrio judicial².

El Derecho germano-alemán antiguo también desconocía la reserva legal, acercándose más al derecho penal germano del hecho que al derecho romano de la voluntad, pues aquél aspiró siempre a tipos de delitos firmes y claros, a pesar de que podía penarse de acuerdo con el derecho consuetudinario,

¹ WELZEL, H., *Derecho penal, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1956, pág. 26.

² ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 141.

La primera formulación del principio de legalidad no se encuentra en la Carta Magna, que contiene el origen de la llamada *rule of law* -garantía jurisdiccional-, propia del derecho anglosajón, pero de rasgos diferentes del principio de legalidad del sistema⁴ continental -predominio de la ley sobre los Jueces-. En el sistema anglosajón, la ley de la tierra, fundada en el Derecho natural y aplicada por los Jueces ordinarios, llega a estar por encima del Derecho estatutario creado por el Parlamento. Las constituciones americanas, citadas como ejemplo de consagración de las garantías de los individuos, admitían las costumbres y la analogía como fuentes de derecho penal. Además, el mismo derecho anglosajón permitió juzgar los crímenes de guerra nazi saltando por encima de los principios de prohibición de la costumbre e irretroactividad de las normas penales incriminadoras. Las primeras manifestaciones positivas del principio de legalidad aparecieron en la Revolución Francesa⁵.

La *Constitutio Criminalis* de Carlos V (1532), también conocida como Constitución Carolina, supeditó al Juez a la ley por principio. Sin embargo, admitió, también, con cierta cautela, una punición extralegal, según a la “buena costumbre”. Además, permitió la aplicación analógica a “casos penales innominados”. Todavía, esa limitada vinculación legal fue suprimida en los siglos XVI-XVIII, sobre todo con la admisión de los *crimina extraordinaria*, en

⁴ Según LUHMANN, N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995, pág. 34, todo sistema tiene como característica importante su complejidad, como la totalidad de las posibilidades que se distinguen para la vivencia real -complejidad del mundo-, y del propio sistema. Así, entendemos por sistema jurídico el conjunto de reglas y de principios, cuyos elementos internos, aunque se diferencien, se unifican por los objetivos comunes.

⁵ CUELLO CONTRERAS, J., *El derecho penal español, curso de iniciación, parte general*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 146 y 147; y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal, parte general*, (con COBO DEL ROSAL, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 68.

siglos XVI-XVIII, sobre todo con la admisión de los *crimina extraordinaria*, en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar sin ley, por decisión judicial⁶.

El origen histórico y político del principio de legalidad se encuentra en la Revolución francesa, donde triunfó el movimiento ilustrado y liberal, también denominado liberalismo político, frente al absolutismo.

Los nuevos ideales pregonaban la necesidad de sustitución de la voluntad individual del soberano o del Juez, por la general, que debería estar contenida en una disposición legal, emanada del Poder Legislativo, con reconocida legitimidad popular y vinculación de los poderes a la ley. Estos ideales señalaban que el ciudadano debería ser un partícipe y controlador del poder, con derecho a ciertas garantías, como la del imperio de la ley sobre la voluntad de algunos sujetos detentores del poder, y no un instrumento o un sujeto pasivo del absolutismo monárquico. Además, se vinculaba la división de las funciones entre los órganos del poder estatal, como un ideal democrático⁷.

Los demás poderes, tanto el Ejecutivo, como el Judicial, no tienen la función de establecer preceptos o sanciones criminales. El Poder que así actúa estará desvirtuando el pacto social de la división de las funciones, creando disposiciones ilegítimas y contrarias a la Constitución, que admite

⁶ Véase ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pág. 141.

⁷ Según HELLER, citado por HABERMAS, J., “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1988, núm. 5, pág. 33, en el Estado de Derecho, se denominan leyes, sólo las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa. Asimismo, MORALES PRATS, F., *Manual de derecho penal* (con QUINTEROS OLIVARES, G.; y PRATS CANUT, J.M.), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 65, señala que todas las garantías que con el principio de legalidad se lograban eran en el fondo garantías formales, lo que significa naturalmente que, con el principio, por sí solo no se cuestionaba el contenido sustancial del Derecho penal, su función y sus fines.

el principio de legalidad. Únicamente los integrantes del Poder Legislativo fueron elegidos por el pueblo para tal función.

Este origen político del principio de legalidad, vinculado a la teoría de la Ilustración sobre el contrato social -Revolución francesa-, tiene sus raíces en la idea de una razón que armonice a todas las personas, en la exclusión de la arbitrariedad estatal, en la inviolabilidad de toda persona respecto a la libertad, y en la exigencia de dar seguridad y certeza al derecho⁸.

Estos ideales de seguridad y certeza, en la actualidad, no pueden ser utilizados como fundamento para la violación de las garantías individuales del ciudadano, sea en la condición de justiciable, sospechoso, acusado o condenado, como suele ocurrir en los Estados autoritarios, cuya política criminal es de un Derecho Penal máximo, de primera *ratio*, violador de los derechos fundamentales. Hay que buscar en las normas constitucionales el justo equilibrio entre la seguridad/certeza jurídica y la protección ciudadana.

El pensamiento ilustrado puede ser sintetizado como una necesidad del “gobierno de las leyes” frente al “gobierno de los hombres”, la preponderancia de la razón, de la representación popular y de las normas. Para ser racional, una regulación de las relaciones entre los hombres ha de hallarse sustraída a la voluntad caprichosa de un individuo; ha de ser igual para todos; ha de tener su origen en la voluntad general; ha de contemplar a los individuos en masa y las acciones en abstracto; ha de ser, finalmente, clara y comprensible para todos aquellos a quienes va dirigida. Las normas racionales son las que proceden de la comunidad entera y no de un déspota -origen-; han de recoger igual libertad a todos los ciudadanos -contenido- y han de ser inteligibles para todos, escritas,

⁸ Véase JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal*, Comares, Granada, 1993, pág. 117.

públicas, exhaustivas y taxativas -forma-. Del imposible monopolio de la ley, se pasó, en este mismo período, a su primacía e imperio⁹.

Por esto, la garantía política del principio de legalidad informa que todo ciudadano no será sometido por parte del Estado ni de los Jueces a sanciones penales que no hayan sido originadas y admitidas por el pueblo¹⁰.

La filosofía era de que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa la voluntad de toda la sociedad, unida por el contrato social¹¹.

Así, el principio de legalidad ha surgido para evitar los abusos del absolutismo, con la revolución burguesa, en la época de la Ilustración, como un principio rector insoslayable del movimiento codificador del derecho continental y como un “imperativo del Derecho penal liberal”¹², “para constituirse en la llave maestra de cualquier sistema penal que pretenda ser racional y justo”¹³.

Se observa que la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776, afirmaba que las leyes con efecto retroactivo son opresivas y no deben ser promulgadas. Invocando la *Magna Carta Libertatum*, el principio de

⁹ Vid. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pág. 142; y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal...*, cit., pág. 68.

¹⁰ MIR PUIG, S., *op. cit.*, pág. 76.

¹¹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1998, pág. 34.

¹² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal, introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, pág. 320.

¹³ BATISTA, N., *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Revan, Rio de Janeiro, 1996, pág. 65.

legalidad fue proclamado en la Constitución norteamericana de 1774. En la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 consta que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional, y tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

La reserva legal también encontró su expresión en el Código Penal austriaco de José II, en 1787, y en el derecho general del territorio prusiano (*Allgemeines Landrecht*) de 1794, cuya fórmula latina proviene de FEURBACH (en su *Lehrbuch* de 1801)¹⁴.

Desde FEUERBACH, la exigencia del principio de legalidad fue un presupuesto necesario para la concepción de la pena, puesto que orientaba la misma a la prevención general a través de la coacción psicológica con una previa amenaza legal, clara y precisa. Además, hay que tener en cuenta que FEUERBACH creyó en el imperio del Derecho natural frente al Derecho positivo, aunque entendiéndose que aquél emanaba de la recta razón iusnaturalista, o que éste se transformaba en elemento decisivo para el Derecho penal, con una formulación precisa de los conceptos, único modo de posibilitar un trabajo científico y una legislación adecuada. Así, para él, el principio de legalidad era consecuencia del “iusnaturalismo racionalista: porque es fruto de la razón, la ley ha de ser esencia y fundamento del sistema jurídico”¹⁵. Por esto este principio recibió críticas desde diferentes posiciones científicas y políticas.

Hoy, el principio de legalidad, aunque tenga la misma formulación que le fue dada por FEURBACH, se destina a orientar la ley penal y su

¹⁴ Vid. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pág. 142; y WELZEL, H., *op. cit.*, pág. 27.

¹⁵ MORALES PRATS, F., *op. cit.*, pág. 66. Véase, asimismo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, pág. 325, respecto de la potenciación del principio de legalidad hecho por BELING en la tipicidad criminal.

aplicación hacia un ideal de justicia material, hacia la recuperación y la reinserción social del delincuente. Conlleva, también, una necesidad de protección y de garantía del ciudadano frente a la potestad punitiva, posible con la limitación legal del poder de aplicar y de ejecutar la ley penal. En suma, de protección y de respecto a los derechos fundamentales de la persona.

En el siglo XIX este principio fue incluido en el derecho penal de casi todos los Estados civilizados. Cierta excepción hace el derecho penal danés, incluso el Código Penal de 1966, en el sentido de que se admite la analogía para fundamentar la pena. El Derecho Penal inglés se basa solamente en parte en el derecho escrito *-statute law-* y, en otras partes, sobre la tradición jurídica del Juez *-common law-*, que supedita fuertemente al órgano jurisdiccional al precedente *-juicios anteriores-*¹⁶.

Sin embargo, los Códigos Penales de la Unión Soviética de 1922 y de 1926 autorizaban la analogía. En 1958, el principio de legalidad fue reintroducido en la Federación. En 1935 se posibilitó en Alemania, al lado de la punición legal, una pena extralegal, basada en el “sano sentimiento del pueblo”, produciéndose, en la época del nacionalsocialismo, leyes amplias e indeterminadas, hasta su readmisión en 1946¹⁷.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos de occidente tienen al principio de legalidad como su pieza fundamental, en el sentido formal *-garantía criminal, penal, penitenciaria o de ejecución y jurisdiccional-*, y material *-realización de la justicia con la protección de los derechos fundamentales-*.

¹⁶ Vid. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pág. 143; y WELZEL, H., *op. cit.*, pág. 27.

¹⁷ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *op. cit.*, pág. 149; ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pág. 143; y WELZEL, H., *op. cit.*, págs. 27 y 28.

En la esfera internacional, el principio de legalidad está expreso en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

El Consejo General del Poder Judicial español, en sus informes sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 1992, señaló que el principio de legalidad “no es una herencia que pueda hoy arrumbarse tranquilamente, sino que pertenece a esa esencia universal que, como decía Ferrater Mora, el liberalismo ha salvado, y que ha pasado a formar parte de todas las corrientes de pensamiento civilizadas, porque sus raíces se hunden en el propio suelo histórico (*vid.* Krey, V., *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlín, 1983) e ideológico del Estado de Derecho”¹⁸.

El 14 de diciembre de 1990 la Resolución 45/110 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas estableció que las medidas no privativas de libertad deben estar previstas en ley y que el poder discrecional lo ejercen la autoridad judicial u otra autoridad independiente, competente en todas las fases del proceso, asegurándose plena responsabilidad y de acuerdo con las normas legales¹⁹.

¹⁸ “Informe sobre el anteproyecto de código penal de 1992”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1992, núm. 48, pág. 654.

¹⁹ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 109-116, señala que en esta resolución se regulan las reglas mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para la elaboración de medidas no privativas de libertad. Son denominadas también “Reglas de Tokio” porque son originarias de los estudios hechos por el Instituto de Asia y Extremo Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

2) CONCEPTO

Los principios de protección de los bienes jurídicos, de culpabilidad y el principio de legalidad constituyen los tres pilares básicos de sustentación del Derecho penal moderno.

La concepción meramente formalista del principio de legalidad, o sea, de la primacía de la ley sobre los hombres, las instituciones y el Estado, además de sustentar el primado de la potestad punitiva sobre el respecto a los derechos fundamentales de los individuos, de la defensa social sobre la defensa individual, no refleja su esencia, la cual tiene raíces históricas, que no pueden ser olvidadas.

Según la concepción formalista, un hecho sólo constituirá una infracción criminal cuando estuviera previsto como tal, antes que haya sido cometido y, al culpable, se garantiza la aplicación cualitativa y cuantitativa de la sanción existente en el momento de la ejecución del hecho.

Así, según el principio *nullun crimen, nulla poena sine lege*, nadie puede ser castigado por un hecho que, en el momento de la conducta no esté previsto en un precepto normativo como infracción criminal, por más nocivo, cruel u horrendo que sea. También al hecho practicado sólo puede aplicarse la clase de pena y su posible cuantía ya prevista en el tipo penal transgredido, por más ínfima que parezca. De este modo, en su concepción formal, este principio se constituye en un “límite de la intervención estatal”²⁰ y “sirve para evitar una

²⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 313.

punición arbitraria y no calculable sin ley, o basada en una ley imprecisa o retroactiva”²¹.

La adopción del principio de legalidad no conlleva únicamente la incorporación al sistema jurídico de normas legales escritas, claras y precisas -concepción formal-, pues un Estado también puede actuar legalmente implantando el terror penal con soporte en normas jurídicas e, incluso, suprimirse el principio de legalidad por ley. Además de tener una “intrínseca debilidad política”²², esta acepción permite que se considere delito una norma penal emanada del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, por lo tanto, ilegítima. Por esto, el concepto es más amplio y se extiende a la defensa del individuo, con un significado de legitimidad, garantía y protección de los derechos fundamentales.

Hay que buscar la esencia del principio de legalidad o su concepción material en sus orígenes históricos. No se puede alejar su comprensión vinculada a la limitación del ejercicio del poder, a la división de las funciones públicas entre los poderes del Estado, al pacto social que sustenta políticamente la convivencia ciudadana y a la soberanía popular que legitima las normas legales.

El poder de hacer, aplicar y ejecutar las leyes penales está limitado por las disposiciones normativas creadas por el Poder Legislativo, que detenta la legitimación ciudadana para disponer cuáles son los hechos que constituyen una infracción criminal y cuál es la sanción aplicable en los supuestos de transgresión del precepto criminal. La incidencia de la sanción penal ocurrirá en un proceso criminal conducido por un órgano jurisdiccional predeterminado

²¹ ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pág. 137.

²² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, pág. 23.

legalmente. Así, la esencia del principio de legalidad radica en la legitimidad y limitación del ejercicio del poder de hacer la ley y de aplicarla en defensa de los ciudadanos.

Por lo tanto, el principio de legalidad, además de dar seguridad a un ordenamiento jurídico, se constituye en una garantía y en una protección a los justiciables frente a la potestad punitiva. Así, los ciudadanos pueden saber de antemano, no sólo qué acción u omisión está prohibida, cuál la sanción y cuáles son los límites establecidos en caso de infracción del precepto, sino principalmente que el acusador y el juzgador no podrán, *sponte suam*, determinar cuales son los hechos que constituyen una infracción criminal y tampoco se les permite la aplicación de una sanción criminal, o de una medida de seguridad que no estén previstas en una norma penal emanada de la soberanía popular.

Este criterio material fundamental garantiza que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos, sin excepción, y que, al mismo tiempo, se determinen con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones. Además, en él se concentran las esperanzas de que tanto el sistema como la administración de justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros²³.

En otros términos, podemos decir que el principio de legalidad significa que sólo el Poder Legislativo tiene competencia para establecer los elementos de una infracción criminal, cuáles son las sanciones y sus límites, por medio de un proceso legislativo respaldado por las normas constitucionales. Únicamente se constituye en infracción criminal el hecho previamente determinado en ley y

²³ Vid. HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad, bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 24 y 25.

sólo la pena asignada por el legislador -Poder Legislativo- puede ser aplicada, dentro de la limitación establecida²⁴.

La naturaleza constitucional del principio de legalidad, informador del Estado de derecho, conduce toda la actividad de los operadores jurídicos -Jueces, Tribunales, acusadores y defensores- dentro del espíritu de las normas superiores de la Constitución. La transparencia en la creación de las leyes y en su aplicación y ejecución conlleva a un ordenamiento jurídico confiable a los ciudadanos, libre de conveniencias subjetivas y de concepciones meramente formales.

Por lo tanto, la limitación del principio de legalidad alcanza las normas incriminadoras, o sea, las que limitan la potestad punitiva, pero no las protectoras de los derechos y libertades fundamentales, posibilitándose el reconocimiento de causas supralegales de exculpación típica, de la ilicitud o de la culpabilidad.

Así, legalidad penal es un principio penal de índole constitucional, limitativo del poder del legislador, que tendrá que formular preceptos claros, precisos, determinados en su función de tipificación criminal; restrictivo del poder jurídico del órgano acusador, que no podrá transponer las barreras legales autorizadas de la deducción de una pretensión acusatoria, y limitativo del poder jurídico de los Jueces y Tribunales que no podrán definir tipos penales o aplicar sanciones no previstas previamente a la práctica del hecho, garantizándose, de esta forma, la protección de los derechos y libertades fundamentales.

²⁴ La STC 62/82, de 15 de octubre, señaló que el legislador para “conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos”.

Por lo tanto, podemos sintetizar que el principio de legalidad, además de la concepción de seguridad de un ordenamiento jurídico, tiene un sentido de protección y de garantía al ciudadano, limitador y controlador de la potestad punitiva y del ejercicio de los poderes político-jurídicos.

3) FUNDAMENTOS

Desde el punto de vista político -teoría del contrato social-, encontramos el fundamento del principio de legalidad en la distribución estatal de sus funciones -división de poderes-, incumbiendo al legislador el establecimiento de las conductas criminales y de sus respectivas sanciones, y no al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial -soberanía popular-²⁵.

Un Estado de Derecho, con división de poderes, según HABERMAS extrae su legitimidad en una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales, o sea, en el derecho positivo. La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del Derecho, y ello de suerte que se institucionalicen

²⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, págs. 332 y 333, pone de relieve las tres tesis doctrinales que fundamentan el principio de legalidad: un imperativo derivado del principio de culpabilidad; una consecuencia del ordenamiento democrático y uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho.

procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales²⁶.

El Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 1992 señaló que “en el Estado liberal de Derecho se aspiraba a la vivencia, sin fisuras, del principio de legalidad, como garante de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. En el Estado social -cuyos propios fundamentos ponen en crisis el esquema liberal de la seguridad jurídica- pretende, sin embargo, salvaguardar su esencia”²⁷.

Bajo el aspecto jurídico, podemos decir que la admisión del principio de legalidad o de reserva legal se fundamenta en la necesidad de limitar la potestad punitiva, una exigencia del Estado Derecho²⁸. Y ésta se limita cuando se evita que la definición de conductas punibles, que la determinación de la cantidad y

²⁶ “¿Cómo es posible...”, cit., págs. 32, 35, 37 y 39. Llega a esta conclusión tras analizar las Teorías de Hobbes -el derecho positivo es un medio de organización del poder político-, de Savigny -el derecho subjetivo es algo secundario frente al derecho objetivo-, de Kant -el punto de vista moral de la imparcialidad está en el procedimiento de la legislación democrática-, y de Puchta -los fundamentos jurídicos del principio de legalidad, no es un asunto sólo del legislador, sino también de la justicia, a través de una tarea productiva de prosecución y complementación constructivas del derecho vigente, dirigidas por principios, derivan de una racionalidad procedimental inserta en el propio discurso jurídico-.

²⁷ *Informe....*, cit., pág. 654.

²⁸ *Vid.*, asimismo, FERRAJOLI, L., *op. cit.*, págs. 22 y 23, que proclama que el “modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”, y que el modelo constitucional de legalidad es el modelo “idóneo para limitar y al mismo tiempo convalidar o invalidar la potestad punitiva con razones de derecho, o sea, de legitimación interna, tanto como condiciona jurídicamente su válido ejercicio a la prueba de sólo los comportamientos válidamente prohibidos por la ley sobre la base de los criterios ético-políticos de legitimación externa acogidos por las normas constitucionales”.

calidad de pena se quede en la esfera de la voluntad casuística de alguna autoridad estatal, hoy en día, más precisamente, en manos de los Jueces y Tribunales, o del Poder Ejecutivo. Y esta sanción deberá ser medida conforme a lo establecido previamente, y no de acuerdo con el acusado o según el entendimiento subjetivo del órgano jurisdiccional.

Esta fundamentación exige del Juez la imparcialidad, pues la contaminación judicial conlleva a la aplicación de una sanción no necesaria, arbitraria, aunque esté delimitada legalmente, y también la aplicación proporcional de la sanción criminal, o la medición equilibrada de la pena, buscada en la ponderación valorativa entre la ofensa al bien jurídico protegido y la pena concretada -proporción entre ofensa/daño y sanción-²⁹.

El conocimiento previo de cuándo una conducta constituye una infracción criminal, cuál la sanción prevista para la transgresión del precepto penal y su duración temporal representan una garantía al justiciable frente al poder punitivo del Estado, perteneciente a la protección del derecho de libertad y de la transparencia del poder punitivo.

²⁹ Las SSTC 133/87, de 21 de junio, y 232/97, de 16 de diciembre, fundamentan el principio de legalidad en el Estado de Derecho. Según la primera, “el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales”. Y esta garantía, conforme la otra resolución, “es inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de los Jueces y Tribunales al dictado de las Leyes que describen delitos e imponen penas”.

Junto a esta garantía formal del principio de legalidad, hay que añadir el fundamento sustancial de la protección de la dignidad del hombre, de sus derechos fundamentales, pues la defensa social, con la necesidad y deber de castigar, no puede conculcar los derechos fundamentales individuales.

Los límites impuestos al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser establecidos, interpretados y aplicados de forma estricta y, en todo caso, no deben ser más intensos de lo necesario para proteger otros bienes jurídicos o derechos constitucionalmente asegurados. Esta limitación debe evitar sacrificios innecesarios o excesivos a dichos derechos, controlable por medio de una motivación suficiente y de ponderación de los derechos en juego -proporcionalidad-.

La limitación de la potestad punitiva se presenta en el momento de la constitución del sistema penal y cuando se aplica y ejecutan las sanciones, con un contenido de garantía de protección del ciudadano frente al Estado, o del *status libertatis* frente al *ius puniendi*. Por esto, sanción legal no es sólo la prevista en una norma, sino la sanción con origen legítimo y necesario a la reprobación de la conducta.

4) GARANTÍAS

El principio de legalidad refleja tres garantías: una de naturaleza de descripción típica -garantía criminal-, otra de establecimiento de la extensión de la sanción criminal -garantía penal- y una tercera, de cumplimiento de sanción criminal según lo determinado por la ley -garantía de ejecución-. Además, este

principio refleja una garantía de naturaleza procesal, esto es, informadora de que la satisfacción de pretensiones penales y de las resistencias únicamente se puede dar en el seno de un proceso penal debido, con todas las garantías -defensa, contradictorio. Juez o Tribunal competente, motivación, etcétera.-.

La garantía criminal o de tipicidad impide que el ciudadano sea castigado por un hecho que no esté previsto como infracción criminal en el momento de su comisión en una norma penal originada del Poder Legislativo. Así, los demás poderes del Estado no tienen legitimidad para la creación de tipos criminales, aunque estas normas tengan rango de ley.

Esta garantía criminal induce también al reconocimiento de una garantía penal, pues no se concibe la existencia de un tipo penal sin la correspondiente sanción. De esta forma, a los acusados condenados se garantiza la aplicación únicamente de las penas que estén previamente establecidas en la norma penal, tanto con relación a la especie, como en su cantidad o duración, aplicándose también esta concepción a las medidas de seguridad.

Hay que tener en cuenta que es una garantía establecida al justiciable, como límite de la potestad punitiva. Esto conlleva a que sea sustituida la sanción en los permisivos legales y que se admite la aplicación de una pena por debajo del mínimo fijado cuando estén previstos las circunstancias legales autorizadoras o cuando no se pueda inferir su prohibición de la integración de las normas del ordenamiento jurídico. Este tiene la Constitución como regla básica y superior a las demás.

Vencidos los filtros de la tipificación de los preceptos y de las penas, del establecimiento de una condena por un órgano jurisdiccional previamente establecido, que haya seguido todas las garantías legales, incluso en la fijación de la sanción, ésta será ejecutada conforme a lo previsto legalmente. La

individualización de la sanción no se agota en el momento de la medición de la pena, sino que sigue su cauce legal hasta el total cumplimiento de la condena, con la posibilidad de modificación del régimen inicial y de la forma de cumplimiento -por ejemplo, la suspensión de la ejecución-.

La individualización de la sanción legal pasa por diversas etapas y puede involucrar todos los poderes del Estado. La primera individualización incumbe al legislador, en el proceso de tipificación legal. La etapa siguiente está a cargo del acusador en el momento en que deduce una pretensión acusatoria, expresada claramente o inferida de la descripción de los hechos, extendiéndose hasta la delimitación definitiva que hace en el proceso, antes de la fase decisoria.

El ápice del proceso individualizador de la sanción lo ejerce el órgano judicial, en el proceso de medición de la pena, tras el análisis de las pretensiones acusatoria y de la defensa. En la medición, el Juez o Tribunal también habrá de considerar las pretensiones de las dos partes con relación a la sanción. Sin embargo, este proceso de determinación criminal se extiende a la fase de ejecución o de cumplimiento de la pena, de responsabilidad exclusiva del órgano judicial o compartida con el Poder Ejecutivo.

Las garantías que el principio de legalidad refleja tampoco se agotan en las de Derecho Penal: criminal, sancionadora y penitenciaria, pues hay un importante efecto garantista de naturaleza jurisdiccional o de Derecho Procesal. Según esta garantía, únicamente a través de un proceso público, conducido por un Juez o Tribunal oficial, independiente, con observancia de todas las garantías al procesado, se puede condenar y medir la sanción criminal al acusado. La función de juzgar y de medir la sanción criminal corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales del Estado y no a los demás poderes

o a los particulares. Cualquier Juez o Tribunal no podrá juzgar a un ciudadano, sino los competentes, predeterminados por la ley -no los *ad hoc* o excepcionales-.

Esta garantía jurisdiccional no es subsidiaria con relación a las de índole material, sino de interrelación necesaria para tornar efectiva la protección criminal a los ciudadanos, abarcador de los postulados del principio acusatorio, del derecho de defensa y de contradicción.

Así, la decisión judicial encuentra su legitimación interna en la motivación y legitimación externa en la competencia del órgano emisor.

5) EFECTOS

Lo más importante del principio de legalidad no es su previsión por el ordenamiento jurídico, incluso en la norma constitucional, sino en lo que respecta a sus garantías y a su significado material. Aunque brevemente, analizaremos los efectos que advienen de la adopción del principio de legalidad en materia penal, los cuales se refieren a la creación de las normas criminales, a las garantías -criminal, penal, de ejecución y jurisdiccional- y a las fuentes del derecho -*lex scripta, stricta y praeviae*-, que están vinculadas a las garantías criminal y penal³⁰.

³⁰ La STC 133/1987, de 21 de junio, ha señalado que “el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley -*lex scripta*-; que la Ley sea anterior al hecho sancionado -*lex praevia*-, y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado -*lex certa*-, lo que significa un

A) En el proceso de creación de la norma penal

La descripción legislativa de las conductas y de las sanciones ha de ser clara, precisa e inteligible, delimitadora de la tipicidad y del subjetivismo de los operadores jurídicos, principalmente de los Jueces y Tribunales, informada por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lex certae* -mandato de taxatividad-.

Por esto, los tipos penales y las consecuencias jurídicas deben contener no un mínimo, sino un máximo de determinación, de tal modo que permita reconocer las características de la conducta punible, la clase de pena y sus límites. Además, “los tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible, evitando los conceptos elásticos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever sólo marcos penales de alcance limitado”³¹.

La defensa de un derecho penal con tipos abiertos, difusos, indeterminados, o con normas penales dependientes de otra normativa integradora -normas penales en blanco- o de una regulación jurisdiccional, son características de un Derecho penal autoritario e hiperrepresivo, inadmisibles en el actual estadio de desarrollo de la civilización.

La dialéctica de la modernidad del Derecho Penal también tiene el principio de taxatividad en el punto de mira. Una criminalización lo más precisa posible, como corresponde a un derecho liberal, tiene que impedir una

rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador”.

³¹ JESCHECK, H., *op. cit.*, pág. 122. *Wid.*, asimismo, JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 95, respecto de la prohibición al legislador de conminación penal de comportamientos indeterminados.

criminalización excesivamente amplia y generalizada. Sin embargo, lo que se observa es una tendencia a la flexibilidad y a la generalización para poder dar una respuesta a los problemas sociales emergentes. La taxatividad es enemiga de la flexibilidad, de un Derecho Penal flexible, abierto al futuro y capaz de reaccionar ante situaciones cambiantes y en todas las ocasiones³².

La inflación criminal llevada a cabo por la filosofía de que la criminalización de comportamientos es la solución para todos los males políticos, económicos y sociales crea la utopía de que los ciudadanos conozcan todas las conductas punibles. La consecuencia es el aumento de la falta de transparencia y de credibilidad en el ordenamiento jurídico criminal. Por esto, se hace necesario un incremento y perfeccionamiento de las garantías penales y procesales.

Los tipos penales no se componen sólo de elementos subjetivos y normativos, sino que también contienen disposiciones valorativas. En estos casos, el intérprete emite un juicio de valor, integrador de la norma³³. De cualquier modo, los conceptos jurídicos generales o indeterminados han de ser evitados por el legislador que debe cumplir su función determinante de la tipicidad y de las sanciones³⁴.

³² Vid. HASSEMER, W., "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, tomo XLV, fascículo I, pág. 245.

³³ Por ejemplo, el artículo 234 del Código Penal español y el artículo 155 del Código Penal brasileño penalizan el hurto de cosas muebles. El elemento típico "cosa mueble" necesita de un juicio valorativo-integrativo.

³⁴ Vid., asimismo, la STC 151/1997, de 29 de septiembre, que admitió la compatibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados con el principio de legalidad, al poner de manifiesto que su doctrina consolidada es que "el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 de la Constitución Española se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos técnicos o de experiencia, de tal forma que permita prever, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las

Los efectos buscados por el legislador, en el proceso de tipificación -evitar la práctica de determinado hecho y sancionar criminalmente a quien viole los preceptos- serán mejor alcanzados cuanto menos vaga e imprecisa fuera la descripción legal³⁵. Las negociaciones político-partidarias y la falta de capacidad de hacer leyes precisas, comprometen la claridad que es necesaria a la norma penal³⁶.

Esta precisión legal no induce al intérprete el seguimiento ciego de su tenor literal. Se admite una flexibilidad a favor del acusado, en atención al principio del *favor rei*. Así, las normas penales incriminadoras están sujetas a

conductas constitutivas de la infracción tipificada (SSTC 69/1989, 219/1989, 116/1993, 305/1993, 26/1994, 306/1994 y 184/1995). Esta compatibilidad es especialmente posible en el ámbito del Derecho disciplinario, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a la sanción. Admitir la compatibilidad entre el artículo 25.1 de la Constitución Española y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas, no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos”. Advierte la sentencia, sin embargo, que el intérprete y aplicador de la norma, ante los conceptos normativos abiertos, “debe seguir pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma”, debiendo “indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo, en casos como el presente, los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde el ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución”.

³⁵ Según HASSEMER, W., *Fundamentos...*, cit., págs. 314 y 315, la ley formulada con precisión constituye “un interés primario para el legislador: no habría, pues, ni siquiera que recomendársela”. Aún, la *lex certa* “exige del legislador una toma de posición prematura y precisa antes de que pueda valorar en su conjunto las consecuencias de esta toma de posición”.

³⁶ También, no se puede olvidar que la norma legal es incapaz de abarcar con precisión la multitud de situaciones fácticas existentes en el momento de su elaboración y las que surgirán.

un proceso de comprensión restrictivo y las permisivas a una interpretación más amplia. Esta misión incumbe a los Jueces y Tribunales.

B) En las garantías criminales y penales

Estas garantías, principalmente la criminal, también tienen relación con las fuentes del derecho penal -prohibición de la costumbre, de la analogía y de la retroactividad-.

La exclusión del derecho consuetudinario³⁷ se constituye en otra consecuencia de la admisión del principio de reserva legal, el cual sólo admite una condenación o una agravación de la situación del autor de un hecho por una ley penal previa y escrita. Es la aplicación del aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*.

Esto significa que la punibilidad no puede agravarse por aplicación del derecho consuetudinario, basado en las costumbres, bien creándose nuevos tipos penales o nuevas clases de penas. Sin embargo, admitimos la aplicación de éste para beneficiar al autor de un hecho tipificado como infracción criminal, bien para descriminalizarlo, para disminuir sus efectos punitivos o bien para la creación de nuevas causas de justificación, porque el principio de legalidad es

³⁷ Según HASSEMER, W., *Fundamentos...*, cit., pág. 327, el derecho consuetudinario “era demasiado manipulable y podía ser un instrumento muy efectivo en manos de los poderosos que lo podían manejar a su antojo” y su incoación en el derecho penal “sería como meter la mano en un *black box*, en una caja mágica, en la que nadie, salvo el mago, sabe muy bien lo que hay dentro.

un límite a la potestad punitiva, establecido como garantía a los ciudadanos, a los procesados o condenados y no para restringir el *status libertatis*³⁸.

También, hay que hacer referencia a la exclusión de la interpretación analógica³⁹ creativa o extensiva, en perjuicio del afectado⁴⁰, determinada por el principio de legalidad, aplicable tanto en la interpretación del contenido de la parte general como de la parte especial del Código Penal. Es un imperativo de la incidencia de la *lex stricta* respecto de la responsabilidad criminal, que engloba la descripción típica, la sanción y todas las circunstancias que influyen en la medición de la sanción.

Esta prohibición significa “el rechazo de una aplicación del derecho que exceda del sentido que quepa alcanzar por la exégesis de una norma jurídico-

³⁸ Según la STC 151/1997, de 29 de septiembre, cabe hablar de aplicación extensiva *in malam partem*, al igual que de la interpretación analógica vulneradora del principio de legalidad penal “cuando dicha interpretación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imposible para sus destinatarios, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes con relación al ordenamiento constitucional vigente”.

³⁹ Según ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pág. 140, analogía “es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza de los casos”. *Vid.*, asimismo, CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español, parte general*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 170, respecto de la analogía y de la interpretación extensiva; y WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1998, págs. 47-53, respecto de la argumentación por analogía.

⁴⁰ *Vid.* las SSTC 75/84, de 27 de junio, 133/1987, de 21 de julio, y 151/1997, de 29 de septiembre, respecto de la prohibición de la analogía *in malam partem*, como fuente de tipicidad y límite de la actividad jurisdiccional. La primera señala que la norma constitucional no tolera la aplicación analógica *in peius* de las normas penales, pues exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles.

penal”⁴¹, englobando todos los caracteres de una ley penal, de los cuales depende la punibilidad de la conducta, así como las consecuencias jurídicas del hecho, incluso medidas de seguridad y tratamiento⁴². Esto para evitar la desviación del fin normativo, el límite interpretativo fijado a los operadores jurídicos, y también para que los Jueces no elaboren las normas “más allá de lo que permite el tenor literal legal”⁴³.

Esto no significa que el órgano jurisdiccional sea un aplicador autómatas y mecánico de la ley. Si así fuera, no se necesitase de Jueces o de Tribunales; bastaría un programa de informática y un operador de ordenador. La norma penal, además de general y abstracta, establece la delimitación legal, la cual será rellenada y concretada por los operadores jurídicos en un proceso dialéctico, pero sin ampliación de la potestad punitiva. No obstante, no pueden hacer ninguna adecuación típica, de precepto o de sanción, por similitud entre los hechos.

Sin embargo, esta interpretación deberá tener en cuenta, además del tenor literal de los preceptos aplicables -subsunción de los hechos en los posibles significados de la norma-, una valoración metodológica -con una argumentación lógica y no extravagante-, sistemática -coherente a los valores constitucionales-, y adecuada a la esencia de la reserva legal -sentido material de la norma-. La motivación de las resoluciones induce al reconocimiento de esta valoración, pues la “falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el artículo 25.1 de la Constitución Española y convierte el problema de la motivación, separable con una nueva, en

⁴¹ JESCHECK, H., *op. cit.*, pág. 120.

⁴² WESSELS, J., *Direito penal*, Fabris, Porto Alegre, 1976, pág. 13.

⁴³ HASSEMER, W., *Fundamentos...*, cit., pág. 334.

un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva”⁴⁴.

A las leyes penales en blanco, aunque necesiten una integración complementaria, también se aplica la prohibición de la ampliación analógica, pues las normas extrapenales integran la descripción típica, para todos los fines.

Otro efecto de la adopción del principio de legalidad es la exclusión de la retroactividad, que se aplica al legislador y al órgano judicial, conforme el adagio *nullum crimen, nulla poena sine lex praevia*, informador de la prohibición de la creación de leyes *ad hoc* o para atender a reclamos populares momentáneos, conducidos por los intereses de ciertos segmentos sociales -prensa, por ejemplo-. Así, los hechos anteriores a la vigencia de la ley no pueden ser alcanzados por una ley posterior más severa, perjudicial al autor, o sea, *in malam partem*, por voluntad del legislador o de los Tribunales.

Se admite la retroactividad *in bonam partem*, en los supuestos de existencia de una ley posterior más benéfica al autor del hecho que la anterior. En este conflicto de normas, se aplica la *lex mitior*, para no empeorar la situación del acusado.

Es más benigna y retroactiva la ley penal descriminalizadora y todas las que atenúan la situación del autor del hecho punible. Podemos decir que son más benéficas las leyes que amplían el ámbito de la licitud penal o del *status libertatis*, restringiendo el *ius puniendi*.

Una disposición legal anterior más benévola al autor del hecho se aplica a éste con preferencia a una norma posterior. A este fenómeno se denomina

⁴⁴ STC 151/1997, de 29 de septiembre.

ultraactividad. Sin embargo, los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, pues “la derogación de la ley temporal responde a la desaparición del motivo de su nacimiento y no a un cambio en la concepción jurídica”⁴⁵. Además, no hay una modificación en la valoración jurídica de las conductas, que están matizadas por las circunstancias extraordinarias motivadoras de la regulación excepcional⁴⁶.

A la aplicación de la *lex mitior* hay que incluir también las leyes intermediarias, pues no dejan de ser leyes penales. Aun, no puede alejar la conmixtión de la ley antigua con la ley nueva, en la búsqueda del máximo beneficio al acusado. Esto no significa la creación de una *lex tertia* por el órgano jurisdiccional, que no tendría legitimidad para tal, sino que se trata de una labor integradora permitida al órgano judicial en su tarea interpretativa. El Juez o el Tribunal no estarán creando leyes, sino aplicando dos leyes a un caso concreto⁴⁷.

⁴⁵ JESCHECK, H., *op. cit.*, pág. 126. Véase que el Código Penal español determina esta normatividad en el artículo 1.2 *in fine*, y el Código Penal brasileño en el artículo 3, añadiendo las hipótesis de leyes excepcionales, donde los hechos, y no el legislador, determinan la temporalidad -por ejemplo, epidemias, calamidad pública, guerras -.

⁴⁶ COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal, parte general*, (con VIVES ANTÓN, T.S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 204 y 205.

⁴⁷ La STC 131/1986, de 29 de octubre, ha señalado que el principio de retroactividad de la ley más favorable “supone la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo. De no operar así, el órgano judicial sentenciador estaría interpretando y aplicando las Leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional, sino cuando con fragmentos de ambas Leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de las funciones legislativas que no le competen”. Por lo tanto, según el Tribunal Constitucional, la ley nueva y la antigua han de ser consideradas en bloque, de modo que no es posible efectuar una conmixtión de ambas leyes, tomado de cada una de ellas lo que resulta más favorable. La STS de 14 de diciembre de 1990

En la limitación del *ius puniendi* se incluye la incidencia de la jurisprudencia más benéfica, en los mismos supuestos de la *lex mitior*, pues al justiciable no se puede quitar la confianza de que recibirá de parte del órgano jurisdiccional el mismo tratamiento dado a la misma situación fáctica. Prohibirse la retroactividad de la jurisprudencia, supondría, como ha afirmado HASSEMER, la paralización de su función de recreación de la ley, observándose “situaciones en que la comunidad jurídica tiene un conocimiento mayor del contenido de la jurisprudencia penal que del contenido de la ley penal y confía también en la situación de la jurisprudencia”⁴⁸.

En el Derecho brasileño se ha planteado la cuestión de la aplicación de una disposición legal originaria del Poder Ejecutivo, cuya eficacia legal se extinguiría si transcurriesen 30 días sin apreciación del Poder Legislativo -medidas provisionales en casos excepcionales, que se tomaran la regla ante la inercia legislativa-. Como norma creadora de tipos y sanciones penales, no se podría aplicar antes de la legitimación legislativa. Ocurre que esta medida provisoria puede descriminalizar conductas o crear normas más favorables al procesado o condenado. Una vez que recibe la señal legitimadora del legislativo no habría mayores problemas. La dificultad surge cuando esta medida provisoria no es examinada por el poder competente o no es aprobada. Considerando que la esencia del principio de legalidad es proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, fundamentándose en el límite de la

(RA 9515) también se decantó por la consideración de la ley penal en su totalidad en los casos de retroactividad. El STF de 23 de octubre de 1979 (RTJ 94/505, *Rec. Crim.* núm. 1.381), en decisión donde se ha discutido la aplicación del Código Penal de 1978 -parte general-, entendió que no es posible combinar disposiciones benéficas de dos leyes y aplicarlas al acusado, pues se estaría creando una *terza legge diversa* y el Juez se transformaría en legislador. *Vid.*, asimismo, STF de 13 de agosto de 1980 ((RTJ 96/547, *Rec. Crim.* núm. 1412).

⁴⁸ *Fundamentos...*, cit., págs. 324 y 325. Por otro lado, ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pág. 166, no comparte esta concepción, “por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que se equipararía legislación y jurisprudencia”.

potestad punitiva y no de las garantías individuales, nos decantamos por la aplicación de sus efectos benéficos, incluso retroactivos⁴⁹.

Respecto de las normas procesales no hay duda de que no rige la prohibición de la retroactividad, aplicándose, por consiguiente, las nuevas leyes a los procedimientos en curso. Se dice que *tempus regit actum*, o sea, se aplica la ley procesal vigente en cada momento del desarrollo del proceso, aun cuando hayan entrado en vigor con posterioridad a la fecha de ejecución del delito. El problema radica en las denominadas normas mixtas, que, además de procesales, poseen efectos de derecho material. A éstas también se debe atribuir el efecto retroactivo *in bonam partem*, prevaleciendo el principio de que los favores deben ser ampliados y los perjuicios restringidos⁵⁰. Y la retroactividad de la ley que favorezca al acusado se aplica incluso a los procesos con sentencia firme o a los de ejecución penal, pues la potestad punitiva se extiende hasta el cumplimiento total de la sanción penal. Además, la aplicación de la ley más benigna es un efecto de la legalidad que limita esta potestad. Tanto la

⁴⁹ Vid., en este sentido, CALLEGARI, A.L., "A Medida Provisória núm. 1571-6, de 25.9.97 -*Abolitio Criminis* ou *Novatio Legis in Mellius* nos Crimes de Não Recolhimento das Contribuições Previdenciárias", en *Boletim do IBCCrim.*, 1977, núm. 61, págs. 17 y 18.

⁵⁰ En el derecho brasileño, la Ley 9.099/95 pasó a exigir, como requisito de procedibilidad acusatoria del Ministerio Fiscal, en los supuestos de lesiones corporales -*lesões corporais leves*- y de lesiones imprudentes -*lesões corporais culposas*-, la manifestación inequívoca de la voluntad del ofendido en acusar al autor -*representação criminal*-. Esta condición de procedibilidad afectó no sólo el aspecto procesal, sino también el propio *ius puniendi*. Por esto, también, aunque sin unanimidad, fue aplicada a los procesos que estaban en tramitación. En COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.*, pág. 206, se puede ver la ejemplificación con la procedibilidad, como ocurre en la prescripción. Añade que el problema no es de retroactividad, sino de aplicación absoluta o relativa de la regla *tempus regit actum* en materia procesal, decantándose por su relatividad, pues produciría consecuencias inconstitucionales. Vid., asimismo, ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pág. 164.

legislación española (art. 2.2 CP)), como la brasileña (art. 2 CP) no imponen límites a la retroactividad benéfica.

El problema más interesante está en establecer si una ley más benigna alcanza o no a los supuestos donde ya se haya cumplido la condena. Una interpretación restrictiva de las disposiciones legales, tanto de España, como de Brasil, limita la retroactividad en las hipótesis en que el condenado esté cumpliendo la condena. Este es un criterio demasiado formal y favorable a un derecho penal excesivamente represivo. Debe valorarse la extensión de los efectos de la reincidencia, los antecedentes penales y la realización de la justicia material, de modo que se posibilite la desconstitución del fallo, por medio de la revisión criminal⁵¹.

No menos importantes son las cuestiones que surgen en la sucesión de leyes en los delitos cuya realización se prolonga en el tiempo, tanto cuando la acción y el resultado se dan en momentos temporales distintos -por ejemplo, el recibimiento de una carta injuriosa meses después de haber sido escrita-, como en los supuestos de prolongación temporal de la acción -por ejemplo en los delitos permanentes, habituales, y continuados-. Primeramente hay que determinar el tiempo de comisión de la infracción criminal y después aplicar la ley más benigna⁵².

⁵¹ La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 40.1 establece que “las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

⁵² Vid. COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.*, págs. 201 y 202.

CAPÍTULO II

LEGALIDAD, OPORTUNIDAD Y CONSENSO

EN EL PROCESO PENAL

1) ANTECEDENTES

El proceso penal de la antigüedad, como se configuraba en Grecia y en la Roma republicana, tenía una acusación esencialmente privada y decisiones de naturaleza predominantemente arbitral⁵³. En Grecia, el Juez, además de conocer del proceso, conocía de las materias de escasa entidad⁵⁴.

La discusión respecto de la legalidad u oportunidad en el proceso penal pasó a tener relevancia, en un primer momento, cuando la persecución y la punición criminales, que antes correspondían a las personas ofendidas, se trasladaron a la esfera exclusiva del Poder público⁵⁵.

En la actualidad, el ansia de criminalizar del legislador, que busca en el Derecho criminal la solución para disminuir o eliminar la criminalidad, conduce a una espiral inflacionaria de tipos penales, pues el aumento de la criminalidad es directamente proporcional al aumento de los tipos penales. La consecuencia es la imposibilidad del Estado de investigar

⁵³ Vid. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, págs. 564 y 565.

⁵⁴ Véase PEREDA RODRIGUEZ, J.M., “El acto de conciliación en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1969, núm. 2, pág. 408.

⁵⁵ JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Derecho procesal penal*, Edersa, Madrid, sin fecha, tomo I, pág. 102.

todos los hechos criminales y de dar una respuesta pronta y eficaz al fenómeno de la criminalidad. Esto es una de las causas de la denominada crisis de la justicia criminal. El órgano oficial, que tomó para sí la tarea de investigar los hechos criminales y de castigar a los culpables, se encuentra incapaz de cumplir eficazmente con su misión, debido no sólo al aumento de la criminalidad, sino también a la diversificación de las formas de la misma. Estos fenómenos avivan la discusión respecto de la criminalización, de la despenalización, del consenso y de la oportunidad en el proceso penal.

Se hace necesario buscar algunos antecedentes de la legalidad y de la oportunidad procesales en el Derecho romano, en el Derecho de origen germánico, en la Reunión de Helsinki, en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa y en el sistema del *Common Law*.

A) Derecho romano

La represión criminal romana recibió una fuerte influencia religiosa del castigo -expiación sacra-, y por la acepción de representación divina del rey -sumo sacerdote y jefe político-, lo que se conservó en las primeras leyes, denominadas *leges regiae*. Sin embargo, la comunidad y el monarca tenían una amplia libertad para perseguir y castigar el autor del hecho, cuya venganza se legitimaba en las costumbres. El concepto de expiación religiosa, según SANTALUCIA⁵⁶, desplazó, en la mayoría de las veces, la antigua persecución familiar o de grupo. Además, había castigos basados en la ofensa a la existencia

⁵⁶ *Derecho penal romano*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, págs. 27 y 28.

de la “unidad estatal” -conjura con el enemigo, traición, desertión, etcétera-, de persecución pública.

Las infracciones de bagatela -*scelus expiabile*-, recibían un castigo menos grave, o sea, con la obligación de una ofrenda -*piaculum*-, que consistía en el sacrificio de un animal o en la entrega de un bien patrimonial para el culto de la divinidad ofendida. Para las infracciones más graves no se admitía la expiación -*scelus inexpiabile*-, es decir, el castigo alcanzaba también la propia persona del autor del hecho: por ejemplo, abandono, sacrificio expiatorio y el suplicio⁵⁷.

En la línea de un castigo diferente para las infracciones de menor entidad, el derecho romano antiguo castigaba el homicidio involuntario como una acto menos grave, lo que limitó la reacción indiscriminada de los parientes de la víctima, poniendo las bases para la configuración del homicidio como delito de “interés público”⁵⁸.

El paso de la monarquía para la república produjo una separación entre la función religiosa y la política-militar, y el nacimiento de la *provocatio ad populum*, según la cual el perseguido por el magistrado romano -no juzgaba- tenía la posibilidad de evitar la muerte o la flagelación solicitando la instauración de un proceso regular ante los *comitia*⁵⁹.

⁵⁷ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, págs. 28 y 29.

⁵⁸ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, págs. 31 y 32.

⁵⁹ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, págs. 41, 44 y 45, que no esta de acuerdo con Mommsen, que considera la *provocatio ad populum* una apelación, la posibilidad de una segunda instancia, ni con Kunkel, que la considera una institución política.

Según la legislación decemviral, la cognición de todas las causas en que estaban en juego la vida o la muerte de un ciudadano romano, pasó para la competencia de la asamblea de las centurias. El condenado era ejecutado en un proceso regular, con el objetivo de frenar la actividad de los Tribunales de la plebe, los cuales se habían arrogado el derecho de perseguir la clase de los patricios. Además, las penas menos graves estaban sometidas a la *provocatio ad populum*⁶⁰.

Fue en la época de la legislación decemviral que la idea de venganza privada fue matizada por una concepción de consenso entre el ofensor y el ofendido en los delitos cuya iniciativa persecutoria se quedaba en manos del lesionado -lesiones, violencia física, determinadas especies de hurto, por ejemplo-. Las composiciones eran limitadas por ley. Como regla, eran fijadas, también en ley, en una cierta cantidad en dinero⁶¹.

“Aparece diseñada así, ya en el sistema de las XII Tablas, la distinción fundamental, que marca el derecho penal romano de la época clásica, entre delitos públicos (llamados técnicamente *crimina*), perseguidos por el estado a través de órganos investidos de la jurisdicción criminal y sancionados con pena pública, corporal o pecuniaria, y delitos privados (denominados, con alguna oscilación, *delicta* o *maleficia*), perseguidos por el ofendido en las formas del proceso privado y sancionados con pena privada, siempre pecuniaria, debida a la parte ofendida”⁶².

Por lo tanto, el poder de disposición de las partes era permitido únicamente en los “delitos privados”, y estaba previsto legalmente.

⁶⁰ Vid. SANTALUCIA, B., *op. cit.*, págs. 51-53.

⁶¹ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, pág. 57.

⁶² SANTALUCIA, B., *op. cit.*, pág. 59.

En el proceso penal privado, según MANZINI, el Estado se colocaba como árbitro entre las partes, decidiendo conforme a lo que le habían expuesto. Actualmente quedan ciertas huellas en la persecución de algunos delitos, como los de injuria. Ya, en el proceso penal público, toda la función procesal estaba encomendada a los Magistrados, órganos del Estado -forma de la *cognitio*-. En el último siglo de la República -forma de la *accusatio*-, la iniciativa de la acción penal no pertenecía a un órgano estatal, sino a un representante voluntario de la comunidad -*accusator*-, aunque el Magistrado no podía despojarse de la acusación sin una motivación jurídica⁶³.

Cabe señalar que regía un proceso típicamente inquisitivo, promovido de oficio por el Magistrado. Con la decadencia de los *iudicium populi*, debido a la excesiva duración del procedimiento, a la complejidad de las cuestiones, al desorbitado número de procesos, y a la desconfianza de la clase gobernante, la represión criminal fue ejercida al margen de las reglas procesales ordinarias. Estas *questiones extraordinariae* eran confiadas a Tribunales de Justicia extraordinarios, integrados, como regla, por cónsules, cuyo procedimiento era casuístico⁶⁴.

De las *questiones extraordinariae* se pasó para las *questiones perpetuae*, es decir, a los enjuiciamientos por Tribunales estatales, aunque esto no fuese la regla en la práctica. Los Magistrados absorbieron el antiguo proceso ante los comicios y se convirtieron en órganos ordinarios de la represión criminal de la última época republicana y en los primeros tiempos del imperio. Una mayor estabilidad fue otorgada a los Tribunales en la época de Sila, pues se fijaron con exactitud para cada Tribunal “los términos del crimen (o de los crímenes) a

⁶³ *Tratado de derecho procesal penal*, EJE, Buenos Aires, 1951, tomo I, págs. 3-7.

⁶⁴ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, págs. 68-70.

perseguir, el procedimiento a aplicar y la pena que debía imponerse al transgresor⁶⁵.

Como regla, cualquier ciudadano romano podía promover el proceso, solicitando autorización al Magistrado⁶⁶. Los Magistrados romanos eran los encargados y los que tenían la obligación de investigar con *imperium* todos los hechos que caían bajo su competencia -principio de legalidad-. El sistema de la acción popular se formó al pasarse al procedimiento de las *quaestiones*. No había un deber de interponer una querella, aunque se señalaba la pena de tergiversación contra su desistimiento injustificado⁶⁷.

Sin embargo, los municipios romanos tenían sus propios Tribunales y los gobernadores ejercían la competencia criminal en las provincias, sin que hubiese una legislación específica⁶⁸.

En la época de Augusto (en el año 17 aC), todos los aspectos relevantes del procedimiento fueron objeto de reglamentación detallada. La legalidad mantenía la competencia concreta de cada Tribunal, lo que imposibilitaba la represión de ciertos crímenes y de determinadas personas -concurso de crímenes y de personas-. Por esto se desarrollaron procedimientos al margen del sistema vigente -*cognitio extra ordinem*-, confiado al emperador o a un delegado suyo -caso por caso-, lo que aumentó los poderes de avocación,

⁶⁵ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, pág. 83.

⁶⁶ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, págs. 86 y 87.

⁶⁷ MOMMSEN, T., *El derecho penal romano*, Jiménez Gil Editor, Madrid, 1999, tomo I, págs. 57-71, señala a lo que respecta a la ley penal y a la evolución del Derecho Penal romano: las restricciones a la magistratura, el derecho penal privado y público, el procedimiento por las *quaestiones* y el criminal de la época del imperio, además de las acumulaciones de las funciones de acusar y de juzgar de los Magistrados romanos.

⁶⁸ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, págs. 86 y 87.

apelación y delegación de la jurisdicción. También, el Senado pasó a tener una cierta competencia criminal, como forma de compensar la reducción de sus actividades de gobierno (año 4 aC), lo que se extendió hasta el siglo II, cuando surgió la jurisdicción imperial⁶⁹.

El procedimiento de cognición inquisitiva fue restablecido en la época de los emperadores. Sin embargo, el procedimiento de oficio, según James GOLDSCHMIDT, era dominado por el principio de oportunidad, deducible de la agravación de las penas de calumnia y de la obligación del denunciante de encargarse de la querella, y también porque el legislador se preocupaba con los peligros de las denuncias injustificadas y no contra la dejadez de la persecución⁷⁰.

Así, durante el imperio, la acusación era privada, aunque llegó una época en que las funciones de acusar y de juzgar se reunieron en la persona del Magistrado, que instruía, acusaba y juzgaba -procedimiento penal extraordinario-. Este procedimiento se hizo obligatorio a los Magistrados, siempre que faltara la acusación privada⁷¹.

En la línea de nuestra investigación, SANTALUCIA señala que en la *cognitio extra ordinem*, la gravedad del castigo variaba de acuerdo con la clase social, y al juzgador se le reconocía una amplia discrecionalidad en la determinación de la pena y en la obediencia a los preceptos legales⁷².

⁶⁹ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, pág. 99.

⁷⁰ *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, EJE A, Buenos Aires, 1961, págs. 121 y 122. En este sentido, véase, también JIMÉNEZ ASEÑO, E., *op. cit.*, pág. 102, y MANZINI, V., *op. cit.*, tomo I, pág. 7.

⁷¹ *Vid.* MANZINI, V., *op. cit.*, tomo I, págs. 7 y 8; y SANTALUCIA, B., *op. cit.*, pág. 113.

⁷² *Op. cit.*, pág. 115.

En la época post-clásica predominó el procedimiento de las *cognitio extra ordinem* -forma inquisitiva-. En los comienzos del siglo IV, la administración de la justicia ya está más estructurada en provincias, diócesis y prefecturas, con una competencia delimitada⁷³.

B) Derecho de origen germánico

Por el contrario de los sistemas griego y romano, el derecho germano antiguo dejaba en manos de la víctima o de su familia la persecución del ofensor, pues no había una división entre infracciones civiles y penales. De la venganza o declaración de guerra al ofensor o a su familia, se progresó hasta permitir el pago del precio de la paz a la comunidad y una enmienda o indemnización al ofendido y a su familia, sobre todo para infracciones menores. En caso de fracaso de la composición privada, se acudía al proceso⁷⁴.

Como en todo derecho antiguo, no había una distinción entre el proceso civil y el penal, y el ejercicio de una pretensión quedaba en la esfera de la libertad del ofendido. Deducida la pretensión, ésta se concretaba en una compensación por el daño causado⁷⁵.

Así, como en el derecho romano, no había base para un contraste entre la legalidad y la oportunidad en el proceso penal, en tanto que se mezclaban

⁷³ SANTALUCIA, B., *op. cit.*, pág. 133.

⁷⁴ MAIER, J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 24.

⁷⁵ *Vid.* ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pág. 68.

asuntos civiles y penales. Los primeros elementos del principio de legalidad, según James GOLDSCHMIDT, surgieron en la época de los francos, pues los Jurados venían obligados a denunciar a la *inquisitio* del conde determinados delitos no perseguidos por el ofendido⁷⁶.

En este período, la idea de venganza privada fue siendo sustituida por la concepción de protección de la comunidad. El acuerdo sobre la enmienda o conciliación se ha transformado, aunque lentamente, en una obligación de enmendar, además de la influencia del rey en la composición del tribunal y en la persecución penal⁷⁷.

Esto se conservó hasta el final de la Edad Media. De modo análogo, los escabinos de los tribunales secretos (*Femgeritche*) venían obligados a perseguir todos los hechos punibles de los que tuviesen conocimiento. “Por malhechos de nocividad común acabó por formarse una coacción del perjudicado de interponer querella”, desarrollándose un procedimiento *ex officio*, con o sin nombramiento de acusador, sobre todo contra los delincuentes *nocivos terrae*. Por esto, en el procedimiento inquisitivo común alemán, triunfó el principio de legalidad⁷⁸.

⁷⁶ *Problemas jurídicos...*, cit., págs. 121 y 122. En este sentido, *Vid.*, también, JIMÉNEZ ASENJO, E., *op. cit.*, pág. 102.

⁷⁷ Véase MAIER, J., *La ordenanza...*, cit., pág. 26.

⁷⁸ Según ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 68, “a partir de la segunda mitad de la Alta Edad Media 900-1450, aproximadamente, empieza a notarse una derivación hacia el sistema inquisitivo y la oficialidad de la acción penal”, uniéndose, en el punto álgido del sistema inquisitivo, las funciones de investigar, acusar y de juzgar en la persona del órgano jurisdiccional. En el siglo XV fue introducido el Derecho italiano elaborado por los postglosadores, con el intento de unificar el Derecho romano y el canónico, caracterizado por su gran ligación con la práctica, dividiéndose el proceso penal en la *inquisitio generalis*, preparatoria de la existencia de un hecho delictivo y la *specialis* “al objeto de señalar el sujeto al que se achacaba el delito”, con un procedimiento escrito y secreto, sin eficacia de

A través del Derecho Canónico e Italiano, se produjo la recepción del Derecho Romano, imponiéndose la persecución pública u oficial. Es de esta época la *Constitutio Criminalis* de 1532, que radicalizó el procedimiento inquisitivo⁷⁹, rechazando el proceso acusatorio, admitiendo la prueba legal, el procedimiento escrito, el secreto y los Jueces y escabinos legos⁸⁰.

Así, las raíces del proceso penal alemán, hasta 1532, se remontan a la unión del Derecho procesal penal romano, del Derecho procesal penal canónico y del Derecho procesal penal alemán antiguo, que produjo el proceso penal italiano de la Edad Media⁸¹.

La concepción absolutista del Estado -el delito ataca el orden y la organización estatal- desarrolló la idea inquisitorial y autoritaria de la jurisdicción y del procedimiento. Con la debilitación del imperio, las fuentes

cosa juzgada para las sentencias absolutorias. Asimismo, véase GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., págs. 121 y 122, y GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 30.

⁷⁹ MAIER, J., *La ordenanza...*, cit., págs. 28 y 29.

⁸⁰ Según ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 68, cuando de la publicación de la primitiva Ordenanza Penal de Tribunales (*Peinliche Gerichtsordnung, PGO*), de 1532, se pasó a la fase de creación del Derecho procesal penal alemán, unificándose el derecho de los diferentes Estados alemanes, asumiendo el Estado la función acusadora, aunque el procedimiento continuó conservando las características inquisitoriales, la tortura como medio de prueba y la absolución de la instancia -sin cosa juzgada-. *Vid.*, asimismo, GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Proceso penal alemán...*, cit., pág. 31, que añade que, como consecuencia de la "Ley Carolina", se desarrolló el denominado proceso penal alemán común en todos los Estados alemanes, formándose, hasta la Revolución Francesa, un proceso secreto y escrito, cuyas características generales fueron la persecución penal por el Estado, el proceso inquisitivo, la existencia de absolución en la instancia y la posibilidad de condena por mera sospecha, los Jueces-funcionarios y la última decisión en casos graves reservada al monarca.

⁸¹ Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Proceso penal alemán...*, cit., pág. 30.

jurídicas se trasladaron de la legislación imperial a la práctica de los territorios alemanes (*Länder*), formándose lo que se conoce como derecho común, y originando un cuerpo orgánico de legislación escrita. En Prusia, a partir de 1724 fue suprimido el derecho de acusar del ofendido⁸². De esta manera, el proceso penal germano, de una práctica de enjuiciamiento privado, pasó a otro extremo, o sea, a la inquisición.

Por su parte, en el Código Penal Austríaco de 1803, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Prusiana de 1805 y en el Código Bávaro de 1813 triunfó el principio de legalidad⁸³.

La Fiscalía fue introducida en Alemania a mediados del siglo XIX, trasladada de Francia, donde no se la vinculaba al principio de legalidad. El fiscal podía renunciar a la persecución de casos fútiles, aunque se creía que esto era incompatible con un procedimiento judicial *ex officio*. Todavía, en cambio, el derecho de acusación correspondía también al perjudicado. Se observa que desde 1848, el Fiscal tiene un cierto monopolio, pero no una obligación de acusar. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1877, basada en la doctrina de VON HOLTZENDORFFY y de VON SCHWARZE acogió el principio de legalidad⁸⁴.

⁸² Véase MAIER, J., *La ordenanza...*, cit., págs. 31 y 32.

⁸³ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., págs. 121 y 122. Según MANZINI, V., *op. cit.*, tomo I, pág. 80, el reglamento austríaco de 1803 fue introducido en gran parte de Italia. Perpetrado un delito, el Juez criminal debía iniciar las investigaciones, sin provocación. Tras ellas, llamaba al actor para disculparse, y si no la lograba, lo sometía a la inquisición formal, reuniéndose todo lo que estaba en contra y a favor del sujeto. Terminada la inquisición, el Juez lo declaraba reo o inocente.

⁸⁴ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., págs. 122 y 123. *Vid.*, asimismo, ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 53, 54 y 68, cuando pone de manifiesto la posición del Fiscal General de Sachsen, VON SCHWARZE, defensor de la

Ante las críticas de la sobrecarga de trabajo de los tribunales y de la excesiva penalidad del Estado, generado, en parte, por la persecución de los delitos de bagatela, se ha empezado a percibir la necesidad de suavizar la obligatoriedad acusatoria. Tras fracasar el intento de ampliar el catálogo de los delitos privados, en 1903 se instituyó una comisión para trabajar en la reforma de la ley procesal, poniendo el fundamento de los actuales párrafos 153 y 154 de la StPO, a pesar de su no acogida en aquel momento⁸⁵.

legalidad, en contra a la de ZACHARIAE, que defendía la atribución de un poder discrecional al fiscal en la persecución criminal, y la de GNEIST, miembro de la comisión nombrada en 1874 para la reforma procesal, que sostenía la ampliación del uso de la acción penal privada. Incluso, explica que el *Code d'Instruction Criminelle*, al penetrar en Alemania, "rigió en la orilla izquierda del Rin y especialmente en la parte prusiana de la misma". También, según BAUMANN, J., "La situación del proceso penal en Alemania", en *Justicia*, 1983, I, pág. 88, desde la entrada en vigor en 1879, la StPO (1877) ha sido modificada por más de 80 leyes. A ese respecto añade GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 31 y 32, que el proceso penal francés e inglés, tras la recepción del Derecho romano y de la promulgación de La Carolina, tuvieron una gran influencia en Alemania, difundidos por la Revolución Francesa de 1789 y, como consecuencia de ello, el proceso penal anglofrancés quedó introducido en el proceso penal alemán, fundamentalmente el *Code d'Instruction Criminelle* napoleónico. Además, esta segunda recepción de derecho extranjero se produjo hacia 1800, y fue determinante en la historia del proceso penal alemán, cuyas características del proceso reformado que ha surgido, fueron el proceso acusatorio, la independencia judicial, el Jurado y la existencia de la Fiscalía, que se constituyen en el derecho base de las leyes procesales penales hoy vigentes, tanto en Alemania, como en Austria. Aún, MAIER, J., *La ordenanza...*, cit., págs. 33 y 35, señala que con los riesgos y responsabilidad que entrañaban para quien formulaba la acusación particular; con el desarrollo de la iniciación de oficio del procedimiento y su conversión en tarea obligatoria del Estado, surgió la institución *das Fiskalat*, originando el Ministerio Público, el cual tenía, inicialmente, a su cargo, el defender y procurar por los intereses económicos del soberano. Sin embargo, lentamente se transformó en acusador público del señor soberano, en un verdadero inquisidor, además de dirigir el procedimiento para las infracciones reprimidas con pena pecuniaria. En la Revolución Francesa ocurrió la segunda recepción del derecho extranjero en Alemania.

⁸⁵ Vid. ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 55 y 56.

Después de la Primera Guerra Mundial, se amplió el número de delitos privados (1921) y se introdujeron los actuales párrafos 153 y 154 de la StPO (1923)⁸⁶.

La Ley sobre los Tribunales de Niños, de 16 de febrero de 1923, y las Ordenanzas de 4 de enero de 1924 y de 6 de octubre de 1931, también, en atención a la reacción de la doctrina, constituyeron excepciones al principio de legalidad, pues las faltas eran perseguibles sólo cuando el interés público lo requiriera y, en la práctica de delitos por un delincuente con culpabilidad leve, el Fiscal, con la aprobación del Juez, podría renunciar a la querella⁸⁷.

Con la ordenanza de 1924 comenzó la aceptación de la oportunidad, desplazando a la legalidad en las causas de menor importancia en que se prescindía de la persecución penal, idea que se ha expandido posteriormente a límites no del todo seguros⁸⁸.

Las reformas producidas por la crisis de la República de Weimer en los años de 1931 y 1932, amplió la utilización del principio de oportunidad, con la persecución de las faltas sólo cuando el interés público lo exigía, con la

⁸⁶ Véase ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 56.

⁸⁷ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., págs. 122 y 123.

⁸⁸ Según BAUMANN, J., "La situación...", cit., págs. 89 y 90, la Reforma Emminger de 1924 tenía como principios básicos la economía y el ahorro de gastos, dentro de la filosofía de ampliar la competencia de los Tribunales inferiores, menos costosos que las grandes salas. Esta reforma también comenzó por abolir el principio clásico del Tribunal de Jurados en que los Jueces legos decidían sobre la culpabilidad y los Magistrados de carrera determinaban la pena, convirtiéndose en un Tribunal ampliado de escabinos. La Reforma de 1974 eliminó los artículos 29-92 de la GVG, referentes a los jurados, permaneciendo sólo una sala de jurados en las audiencias provinciales (art. 74 GVG), cuya composición es de una sala normal de lo penal.

autorización al Ministerio Público de cerrar el procedimiento, y al Tribunal de así proceder en las causas de acción privada por exigua importancia⁸⁹.

El nacionalsocialismo (1933-1945) acabó con el Estado de Derecho, modificando toda la estructura del proceso penal, poniéndolo al servicio del partido nazi, con la creación del Tribunal Popular para causas Políticas -en 1944 dictó más de 1.000 sentencias de muerte-, los Tribunales de Policía y de las S.S., y las Jurisdicciones de Honor⁹⁰. En este período, las reformas conllevaron la influencia de la idea de partido, de peligrosidad, de simplificación de los procedimientos, donde el *Führer* fue proclamado el “Señor Superior de la Justicia”, con la abolición del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal (1935), y ampliación de la oportunidad⁹¹.

⁸⁹ MAIER, J., *La ordenanza...*, cit., pág. 39. También, según GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 32 y 33, entre 1919 y 1933 hay que registrar la derogación de la jurisdicción militar en tiempos de paz, excepto para buques de guerra (1920), la regulación del proceso tutelar de menores (1923), la derogación del Jurado, la introducción de la vista oral sobre la prisión provisional, y el examen por parte del Juez si aquella debía mantenerse o no (1926), la Ley Orgánica de los Tribunales (1920), y la nueva Ley Procesal Penal del mismo año. *Vid.*, asimismo, VOLKMANN-SCHLUCK, T., “La evolución del proceso alemán en el siglo XX”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, núm. 9, pág. 75, cuando señala que en la época de la República de Weimar, caracterizada por la inestabilidad y por la miseria económica, consecuencia de la Primera Guerra Mundial, la reforma más importante -Reforma de la Justicia de Emminger, del 4 de enero de 1924- tendió a la simplificación y al abaratamiento del proceso penal.

⁹⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 33.

⁹¹ *Vid.* MAIER, J., *La ordenanza...*, cit., pág. 41, y VOLKMANN-SCHLUCK, T., “La evolución del proceso alemán...”, cit., pág. 83. Este último añade que de 1933 hasta 1945, además de ampliarse notablemente las facultades del Ministerio Fiscal, hubo un debilitamiento del principio de legalidad, pues la instrucción judicial dejó de ser obligatoria, decayó la necesidad de la persecución en todos los delitos privados y la voluntad del Juez ya no era tomada en cuenta si el Ministerio Fiscal estimaba el sobreseimiento en los delitos o en las faltas de poca importancia.

Son de este período, la eliminación de la necesidad de proceso en caso de chantaje (1935), la introducción de la situación actual respecto de los hechos extranjeros previstos en el actual párrafo 153c de la StPO (1940); la no necesidad del fiscal de intervenir en los casos de delitos privados, continuando con la necesidad de intervención judicial en los archivos de asuntos por escasa importancia tras el ejercicio de la acción penal, conforme el actual párrafo 153.2, de la StPO (1942); la posibilidad del fiscal de dejar de acusar cuando entendiéndose que no era exigible para la protección del pueblo alemán y la de concordar con los archivos (1944)⁹².

Tras la Segunda Guerra Mundial, en la República Federal de Alemania -zona de influencia de Inglaterra, Francia y EEUU-, las reformas -Constitución de Bonn de 1949 y Ley de Adaptación de 1950-⁹³ tuvieron en consideración la legislación anterior al nacionalsocialismo -legalidad-. Sin embargo, se mantuvo la oportunidad con relación a los hechos cometidos en el extranjero y con relación al chantaje.

⁹² ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 57. Vid., asimismo, PEDRAZ PENALVA, E., "La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1976, núms. 2-3, págs. 650 y 651, respecto de la influencia del nacionalsocialismo en el derecho procesal penal, pone de relieve las restricciones al derecho de defensa, la ampliación de los motivos para decretar la prisión provisional, el incremento de la discrecionalidad del Juez, la eliminación del principio de la *reformatio in peius*, el incremento de la celebración de juicio oral contra ausentes, la admisión de la analogía en materia penal, la supresión del principio de legalidad, la restricción de los recursos, y la obligatoriedad de la presencia del fiscal en el debate, con ampliación de la revisión criminal en perjuicio del acusado.

⁹³ Vid. ROXIN, C., "Introducción a la ley procesal penal alemana de 1877", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, núm. 16, pág. 182, respecto de la dimensión de normas de la Ley de Adaptación de 1 de octubre de 1950.

Además de la unificación legal, el hecho de la ocupación significó una influencia del derecho de las potencias ocupantes, especialmente del derecho anglosajón, en las reformas siguientes⁹⁴.

En 1953 se excluyó la aplicación del principio de legalidad en la jurisdicción de menores y en el ámbito de las infracciones administrativas. A raíz de la reforma del Código Penal, en 1957, se introdujeron los actuales párrafos 153b, 153d, y 153e de la StPO. Los supuestos de aplicación del principio de oportunidad a cuestiones perjudiciales civiles y administrativas, falsa sospecha e injurias, y el párrafo 153a, regulado por la Ley de Introducción del Código Penal, junto a los delitos privados, completa el panorama de la regulación de la oportunidad en la República Federal Alemana⁹⁵.

La Ley de 19 de diciembre de 1964, que entró en vigor en 1 de abril de 1965, modificó sustancialmente la StPO, destacándose los principios de obligatoriedad y oficialidad de la acusación; posibilidad de intervención del fiscal en la acción penal privada; reelaboración de las medidas cautelares, principalmente de la prisión preventiva; introducción del principio de proporcionalidad y el establecimiento de un sistema de garantías al inculpado⁹⁶.

⁹⁴ Véase PEDRAZ PENALVA, E., "La reforma...", cit., pág. 653, las principales influencias del Derecho Anglosajón en las reformas alemanas.

⁹⁵ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 57 y 58.

⁹⁶ Vid BAROSIO, V., "Il processo penale tedesco dopo la riforma del 19 dicembre 1964", en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1965, núm. 1, págs. 48-73 (consideraciones generales, libertad y prisión preventiva); 1965, núm. 1, págs. 380-413 (prisión preventiva); 1965, núm. 2, págs. 847-860 (posición de la defensa, contradictorio y audiencia); 1966, núm. 1, págs. 102-122 (derecho de defensa); 1966, núm. 1, págs. 462-475 (interrogatorio del inculpado, recusación del Juez); 1966, núm. 2, págs. 869-875 (límites a la obligatoriedad de la acción penal); 1966, núm. 2, págs. 1238-1275 (la acusación, el juicio, la casación), un amplio análisis de la evolución del Derecho Alemán. También, BAUMANN, J., "La situación...", cit., pág. 88, pone de relieve que a mediados de los años 60 se produjo una quiebra en la evolución en

Siguieron otras leyes, destacándose, para fines de esta investigación, la Ley de Introducción a la Nueva Parte General del Código Penal de 1974, que amplió las posibilidades de archivo del proceso en casos leves y derogó el proceso por faltas, y la Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal, de 9 de diciembre de 1974, que intentó dar mayor rapidez al proceso, derogando la instrucción previa judicial⁹⁷.

Con la Ley de Introducción al Código Penal, además de trasladar las faltas a la esfera administrativa y clasificar todas las infracciones

dirección a un incremento de la posición del acusado y de su defensor, pues fracasó la Ley de diciembre de 1964 que tenía la finalidad de reformar la detención. A partir de los años 60 se amplió la motivación de la detención en el párrafo 112a, de la StPO, incluyéndose la asociación terrorista. Hubo, asimismo importantes modificaciones respecto de la posición jurídica del defensor. Asimismo, PEDRÁZ PENALVA, E., "La reforma...", cit., págs. 655-676, señala la reforma emprendida en 1964. Igualmente, ROXIN, C., "Introducción a la ley procesal...", cit., pág. 183, señala la importancia que ha merecido la Ley de Modificación del Proceso Penal de 19 de diciembre de 1964.

⁹⁷ Vid. BAUMANN, J., "La situación...", cit., pág. 89, cuando pone de manifiesto la influencia de la Ley de Incomunicación de 1977 sobre la imposibilidad de comunicación oral del abogado-defensor, el cambio de tendencia hacia un derecho procesal garantista, la lentitud de la administración de justicia y la aparición del terrorismo político, generador del miedo. En esta línea, véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 34 y 35. También, PEDRÁZ PENALVA, E., "La reforma...", cit., págs. 676-701, nos ofrece un análisis de la reforma procesal penal efectuada en 1975, destacando la preocupación con la aceleración del procedimiento, la reconceptualización del Ministerio Público y el refuerzo de las garantías del inculcado. Asimismo, ROXIN, C., "Introducción a la ley procesal...", cit., págs. 183-185, hace referencia respecto de estas reformas que procuran adaptar el proceso penal a la nueva legislación material. Según VOLKMANN-SCHLUCK, T., "La evolución...", cit., págs. 76 y 83, éste último periodo empezó con la pequeña reforma de 19 de diciembre de 1964, distinguiéndose por una ampliación de las garantías del imputado, por la mejora de la situación de la defensa, por la concentración y aceleración del proceso penal. Además, mediante la Ley de unificación de 1950, se facilitó una casi inderogable validez a la relación legalidad y oportunidad.

criminales como delitos, para luego elegir una solución procesal, según BAUMANN, “mediante un ulterior debilitamiento del principio de legalidad, el legislador ha pasado toda la problemática al Derecho Procesal, proveyendo un sobreseimiento modal (reparación del daño, pago de una suma de dinero, prestación de servicios a la comunidad y pago de alimentos). En el caso de los delitos contra el patrimonio, esta terminación modal, es decir, esta determinación de las consecuencias jurídicas, puede ser decretada también por el Fiscal solo, es decir, sin la intervención del Juez, aun cuando en estos casos es imprescindible obtener el consentimiento del acusado”⁹⁸.

En la República Democrática Alemana -zona de influencia soviética-, las reformas consideraron la instrumentación a servicio del partido y la realización del Estado socialista.

Con el Tratado de la Unidad entre las dos Alemanias de seis de septiembre de 1990, se estableció, salvo expresas excepciones, la aplicación del derecho procesal de la República Federal de Alemania a la República Democrática de Alemania, iniciándose una fase de unificación de los procedimientos penales. Desde la unificación, Alemania cuenta con 7.117 Tribunales de primera instancia, 116 regionales, 24 Tribunales Superiores y un Tribunal Federal de Justicia⁹⁹.

⁹⁸ Vid. BAUMANN, J., “La situación...”, cit., pág. 92.

⁹⁹ DELMAS-MARTY, M., *Procesos penales de Europa*, Edijus, Madrid, 2000, pág. 85.

C) Reunión de Helsinki¹⁰⁰ y Consejo de Europa

En la Reunión de Helsinki, de 1986, las principales conclusiones respecto de la oportunidad fueron:

“3.a. El Ministerio Público o «prosecutor» debe tener posibilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.

3.b. Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de abstención.

3.c. El objetivo principal de esas condiciones debe ser la mejoría del comportamiento del infractor y la compensación a la víctima de la infracción.

3.d. Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni deben tener naturaleza punitiva.

3.e. Las condiciones que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena.

¹⁰⁰ “Non-prosecution in Europe (proceeding of the european seminar)”, en *Publicaciones del Helsinki Institute for Crimen Prevention*, 1986, núm. 9, cit. por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso español”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 292 y 293.

3.f. Particularmente, en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o de alcohol, debe ser considerada como una posible condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia”.

Es una clara manifestación a favor de la oportunidad del órgano acusador oficial, sin que se pueda inferir si se trata de la aplicación de la oportunidad pura o de la denominada “oportunidad reglada”, es decir, la regularización de un cierto poder de disposición. Sin embargo, las conclusiones se orientarán en el sentido que haya cumplimiento de ciertas condiciones por el imputado, sin naturaleza punitiva.

En la fundamentación que originó la Resolución (75) 11, de 21 de mayo de 1975, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, señaló que “no habría que excluir la posibilidad de recurrir a un proceso simplificado, en caso de infracciones menores”, aunque no haya hecho referencia respecto a la parte dispositiva de la recomendación, que trata del derecho de ser oído, y de la presencia del inculcado en la fase de enjuiciamiento (consideración núm. 4).

Sin embargo, la Recomendación R (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, del mismo órgano, en la parte dispositiva, aconseja expresamente la adopción de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal, a los procedimientos sumarios, las transacciones criminales y a la simplificación de los procedimientos.

El Consejo de Ministros justificó la recomendación en la necesidad de una acción común para acelerar y simplificar la justicia penal ante el aumento de los asuntos a ella sometidos, especialmente aquéllos penados levemente, y en los problemas que plantea la duración del proceso penal, como el retraso que

desacredita el Derecho Penal y atenta contra una buena administración de la justicia.

Además, ha puesto de relieve que la lentitud de la justicia penal podría remediarse no sólo con los medios que se le asignen, con el modo en que estos medios se utilizan, con una mejor definición de las prioridades en la conducción de la política criminal, sino con la adopción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en las infracciones de escasa entidad, con la previsión de procedimientos sumarios y simplificados -incluso simplificándose los procedimientos jurisdiccionales ordinarios-, potenciándose las transacciones extrajudiciales como una alternativa posible a la incoación criminal.

En la parte dispositiva, recomienda, expresamente, la adopción de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal u otras medidas que tengan el mismo objetivo, bien como los procedimientos sumarios y los simplificados, las transacciones y la simplificación del procedimiento ordinario (1, 2 y 3). Dicha recomendación no define lo que significa la oportunidad. Sin embargo, es posible concluir que no se trata de una oportunidad pura, sino de una reglamentación de un juicio de oportunidad¹⁰¹. Esto se infiere por varios motivos: primero porque se condiciona su adopción a los casos en que lo permitan el contexto histórico y las Constituciones de los Estados miembros; segundo, porque la renuncia al inicio del procedimiento o el término de lo ya iniciado deberá ser establecidas por ley; tercero, porque su aplicación deberá

¹⁰¹ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal* (con ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J.A.), Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, pág. 22. Asimismo, FAIRÉN GUILLÉN, V., "Tendencias actuales del derecho procesal penal", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional III*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 24, señala que la recomendación hace una diferencia entre la oportunidad libre de los EEUU, de la reglada, o sea, con limitaciones y garantías.

tener por base general el interés público; cuarto, porque será necesario el establecimiento de normas que aseguren que el consentimiento del denunciado en el archivo bajo condición se dé con conocimiento de causa, libremente y sin coacción; quinto, porque la ley ha de determinar las condiciones, la competencia y los requisitos de las transacciones (1.A.1, 1.A.2, 1.A.4, 1.A.7, 2.B.2 y 2.B.3).

Otra conclusión es que la aplicación de cualquier medida alternativa presupone la existencia de indicios suficientes de culpabilidad. La sencillez de la advertencia dispensa mayores comentarios, ante la presumible comprensión jurídica de los encargados de la actuación penal (1.A.3).

Aconseja, también, la observancia de la igualdad de tratamiento, la individualización de la sanción, el archivo incondicional o bajo condiciones, la atención con la reparación a la persona de la víctima y el registro como antecedentes únicamente cuando el presunto delincuente haya reconocido su culpabilidad (1.A.5 a 12).

Las denominadas medidas que tienen el mismo objetivo, según dicha Resolución, son el acondicionamiento del inicio de la persecución penal a ciertos delitos -“delitos semipúblicos”-, y la posibilidad para que el órgano judicial suspenda condicionalmente la instrucción o sobresea la causa en los casos y por procedimientos semejantes a los que las autoridades encargadas del ejercicio de la acción penal puedan hacerlo (1.B).

La determinación de cuándo un delito se persigue de oficio, o mediante ciertas condiciones o con titularidad exclusiva del ofendido o de su representante legal, es una cuestión de política criminal del legislador. Sin embargo, tras este establecimiento, la satisfacción o no de la condición de procedibilidad y bien la deducción o no de una pretensión

acusatoria -delitos perseguibles sólo a instancia de parte-, caen en la esfera del subjetivismo del titular, o sea, de una manifestación unilateral de oportunidad, sin que represente renuncia al *ius puniendi* -pertenece al Estado-, sino renuncia a ciertos derechos procesales, explicable por la naturaleza de los hechos¹⁰².

Por lo tanto, la iniciativa de aplicar la denominada “oportunidad reglada”, conforme dicha recomendación, puede ser tomada por el órgano acusador y por el órgano judicial. Sin embargo, no hay una referencia a la necesidad de anuencia recíproca.

Como medida de política criminal, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda la descriminalización, especialmente de las infracciones de carácter masivo, de menor entidad -tráfico de vehículos a motor, fiscales y aduaneras-, pasándolas a la esfera administrativa, con aplicación de una sanción pecuniaria o restrictiva de derechos, excluyéndose la privación de libertad, pues el elemento material prima sobre el moral -intención culpable- (2.A.1 y 2).

No sólo con relación a la naturaleza de las infracciones criminales el Consejo de Europa ha hecho recomendaciones acerca de la simplificación de los procedimientos, sino también teniendo en cuenta los asuntos menores por razón de las circunstancias. Así, principalmente ante la certeza de la materialidad y de la autoría, recomendó la adopción de la escritura o la renuncia al juicio oral (2.C).

Manteniendo la filosofía de la simplificación de los procedimientos, el Comité de Ministros sugirió una cierta flexibilización con relación a la

¹⁰² DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 12, y “Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal”, en *Revista General de Derecho*, 1992, núm. 577-578, pág. 9854.

obligatoriedad de la instrucción preliminar. Ésta podría ser dispensable cuando el sospechoso reconociese los hechos o cuando el asunto no sea tan grave o complejo. Asimismo, ante la necesidad de realización de esta fase persecutoria, o en el juicio oral, debería dispensarse los formalismos inútiles, con simplificación también de la sentencia (3.A y B).

De modo expreso, el Comité de Ministros recomienda el procedimiento del *guilty plea*, de forma que el inculpado pueda comparecer ante el Tribunal y reconocer o no su culpabilidad, en la fase inicial del procedimiento, permitiéndose al órgano jurisdiccional dictar inmediatamente la sentencia (3.A.7-9).

Por lo tanto, la recomendación estimula la reglamentación de “un ámbito objetivo dentro del cual cabe que se formulen juicios de oportunidad”¹⁰³, principalmente en la modalidad de consenso, posibilitándose, en los ordenamientos jurídicos en que las tradiciones constitucionales o jurídicas lo permitan, la oportunidad pura (*guilty plea*), lo que no es el caso de España y Brasil.

¹⁰³ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 22.

D) Sistema del *Common Law*

Como ya se ha afirmado, con la victoria de las potencias aliadas, en la Segunda Guerra Mundial, especialmente en el caso de los Estados Unidos, la influencia de su sistema jurídico se ha expandido¹⁰⁴. Con la creciente dominación económica, política y social, incluso bélica, de la mayor potencia mundial, la expansión de su sistema jurídico fue una consecuencia natural.

Según HABERMAS, “hoy se prosigue la guerra fría con medios historiográficos, tanto si se elige como hilo conductor el desafío que supuso la Unión Soviética para el Occidente capitalista (Eric Hobsbawm), como si se elige la lucha del Occidente liberal contra los regímenes totalitarios (François Furet). Ambas interpretaciones explican, de una forma u otra, el hecho de que sólo Estados Unidos haya salido reforzado de las dos guerras mundiales, tanto económica y políticamente, como culturalmente, y haya sobrevivido a la guerra fría como la única superpotencia. Este resultado hace que podamos denominar el siglo XX como el siglo «americano»¹⁰⁵”.

No se está atribuyendo al sistema del *common law* un sentido peyorativo, sino situando el problema del mimetismo inconsecuente y utilitario que vira su mirada a institutos jurídicos incompatibles con la realidad histórica, cultural, política y jurídica, principalmente la constitucional, de determinado ordenamiento jurídico.

¹⁰⁴ Véase SAITO, S., “El proceso penal japonés: un compromiso entre el modelo alemán y el angloamericano”, en *Justicia*, 1992, III, págs 717 y 718, que el proceso penal japonés, con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1947, fue fuertemente influido por el sistema angloamericano, aunque su sistemática sigue claramente el modelo alemán, que había influenciado directamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal anterior de 1922.

¹⁰⁵ *La constelación postnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, págs. 64 y 65.

La influencia de la *plea bargaining* se hizo notar en Italia, con la Ley núm. 689, de 24 de noviembre de 1981, ampliada en el Código de Proceso Penal de 1988. Hubo una introducción de una institución absolutamente nueva en el sistema procesal penal italiano, elaborada, según GREVI, bajo algunas sugerencias típicas del modelo americano¹⁰⁶.

Así, no puede negarse que el principio de oportunidad, en su pureza, se coloca como antecedente de la adopción de la denominada “oportunidad reglada” existentes en los ordenamientos jurídicos del sistema continental. Por esto, se hace menester hacer algunas consideraciones al respecto.

La *plea guilty* inglesa, cuya semejanza con la conformidad española es notoria, según FAIRÉN GUILLÉN, consiste en la posibilidad del acusado de declararse culpable (*plea guilty*) o inocente (*not guilty*). Con el reconocimiento de la culpabilidad, no se realiza el juicio por Jurados, y el confeso es sentenciado por su propia confesión. La declaración de culpabilidad no tiene límites, aunque el órgano judicial tiene la facultad de aconsejar al confeso que se retracte, ante la gravedad del delito, para que el asunto sea plenamente debatido¹⁰⁷.

El Código deontológico de la Abogacía Inglesa exhorta a los defensores a recomendar a los acusados que confiesen su culpabilidad cuando realmente sean culpables. Incluso, no dio efecto a una condena porque el abogado había

¹⁰⁶ “Déjudiciarisation (diversion) et médiation”, en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1993, vol. 54, pág. 1027.

¹⁰⁷ “La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (la conformidad del acusado)”, en *Actualidad Penal*, 1969, tomo 22, págs. 253 y 254.

dejado entrever al acusado que en caso de reconocimiento de la culpabilidad, la sanción criminal sería más favorable¹⁰⁸.

La doctrina inglesa del precedente ya fue comparada al principio de legalidad del sistema continental, en la medida que se destina a alcanzar la certeza jurídica¹⁰⁹.

El denominador común del sistema anglosajón, en lo que respecta al *guilty plea* es la ausencia de limitación, o sea, existe la posibilidad del reconocimiento de culpabilidad independientemente de la gravedad de la infracción criminal. Sin embargo, en Noruega, hay un límite hasta los 5 años de pena privativa de libertad y en los Países Bajos, a partir de la Ley de 1 de mayo de 1983, hasta penas de 6 años. Las estadísticas informan que los índices de la transacción penal están en 6% en Noruega, Inglaterra y País de Gales, alcanzando un 18% en Escocia y el 25% en los Países Bajos¹¹⁰.

La particularidad del sistema inglés radica en que incluso la policía puede emitir juicios de oportunidad. Asimismo, en Holanda, el ejercicio de la acción penal representa la séptima y última de las alternativas que posee el Ministerio Fiscal. Este sistema viabiliza soluciones más aproximadas de la clásica *plea bargaining* del Derecho americano¹¹¹.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Justicia a cien por hora. El principio de consenso en el procedimiento abreviado", en *La Ley*, 1991, núm. 3, pág. 1.049.

¹⁰⁹ BERGALLI, R., "Principio de legalidad: fundamento de la modernidad", en *Jueces para la Democracia*, 1998, núm. 32, pág. 62.

¹¹⁰ GIMENO SENDRA, V., "Los procedimientos penales simplificados (principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)", en *Justicia*, 1987, II, pág. 361.

¹¹¹ COSTA ANDRADE, M., "Consenso e oportunidad", en *O novo código de processo penal*, Almedina, Coimbra, 1977, pág. 342.

Las enmiendas V¹¹² y VI¹¹³ de la Constitución de los EEUU garantizan al imputado el derecho de ser juzgado y ser declarado culpable o inocente por un Tribunal de Jurado, como forma de protección contra su autoincriminación. Sin embargo, en una relación de 10 a 1, los acusados prefieren declararse culpables a enfrentarse a un Jurado. Así, un 90 por ciento de los casos no llegan al Jurado¹¹⁴. De esto se concluye que lo normal es el reconocimiento de la culpabilidad ante la confesión o negociación, sin juicio.

¹¹² “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante sin una acta de acusación, espontánea o provocada, de un Gran Jurado, salvo en caso de crimen cometido mientras el acusado se encuentre en servicio efectivo en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia nacional, en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder su vida o algún miembro de su cuerpo por el mismo delito; nadie podrá, en un proceso criminal, ser obligado a declarar contra sí mismo, ni ser privado de su vida, de su propiedad o de su libertad sin un proceso con todas las garantías, ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

¹¹³ “En toda causa criminal, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público ante un jurado imparcial del Estado y del distrito donde el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; tendrá derecho a ser informado de la naturaleza y del motivo de la acusación, a interrogar a los testigos de cargo, a disponer de lo necesario para hacer comparecer obligatoriamente a los testigos de descargo y a contar con la asistencia de un abogado para su defensa”.

¹¹⁴ FAIRÉN GUILLÉN, V., “Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso («la defensa»)", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional III*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 79 y 80. *Vid.*, asimismo, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Justicia a cien por hora...", cit., págs. 1.049 y 1.050, cuando pone de relieve que un estudio del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos de 1984, concluía que la relación a favor del acuerdo era de once a uno; FIGUEIREDO DIAS, J., COSTA ANDRADE, M., *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 484, cuando señala que en torno del 80 al 95 por ciento de los casos son solucionados por la *plea bargaining* en los EEUU; y FRIEDMANN, L. M., *Introducción al derecho norteamericano*, Bosch, 1988, pág. 197, cuando pone de manifiesto que la mayoría, o sea, mas de 90% de las condenas se consiguen ante una declaración de culpabilidad.

En efecto, hasta 1968, los pactos o acuerdos sobre el proceso y la pena constituían una realidad *under the table*, o sea, eran hechos sin transparencia y sin publicidad.

El sistema de la *plea bargaining*, también conocido como *plea negotiation*, son manifestaciones del principio de oportunidad, pues no hay limitaciones legales a los sujetos procesales y ni en lo que respecta a la naturaleza del hecho criminal¹¹⁵.

Con la *notitia criminis* y tras la investigación, es designado un juicio o audiencia denominada *arraignment*, en la fase *pre-trial*, o sea, anterior al debate oral. En ésta, es donde debería ocurrir la negociación entre el Ministerio Fiscal y el acusado. Tras la lectura de la acusación, se le pregunta al acusado si reconoce su culpabilidad. La respuesta negativa *-not guilty-* lleva el seguimiento normal del proceso, con la realización del juicio oral *-trial-*. En los supuestos de reconocimiento de la culpabilidad *-pleading* o *guilty plea-*, es marcado un nuevo juicio, denominado de *sentencing*, en el cual es aplicada la pena, sin veredicto. Ante la pregunta del Juez, el acusado también puede no contestar *-nolo contendere-*¹¹⁶.

Según la regla 11 de la *Federal Rules of Criminal Procedure*, el Tribunal no deberá aceptar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere* sin antes determinar, dirigiéndose personalmente al acusado en una vista pública, que la declaración es voluntaria y de que fue prestada sin coacción,

¹¹⁵ Según MARTÍN OSTOS, J., "La conformidad en el proceso penal", en *La Ley*, 1996, núm. 5, pág. 1052, el *plea bargaining* es la modalidad norteamericana del *guilty plea* inglés, pues el acusado se confiesa culpable del hecho que se le imputa.

¹¹⁶ Véase DE DIEGO DíEZ, L. A., *Justicia criminal consensuada (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 39.

amenaza o promesa al margen de la declaración negociada (apartado d).

Esta es la regla general. Sin embargo, hay que tener en cuenta la cantidad de reglas propias en los Estados. Incluso, en algunas, no se hace necesaria la presencia del Juez en la primera audiencia. Hablamos de que la negociación debería ser realizada en el primer juicio, pues, por lo general, es realizada entre el acusador y la defensa en el despacho del Ministerio Fiscal o en los pasillos del Tribunal.

En el sistema de la *plea bargaining* todo es posible y la negociación no tiene límites¹¹⁷. Cuando el acusador cambia la calificación jurídica de los hechos, por el reconocimiento de la culpabilidad por un tipo criminal menos grave, la negociación recibe el nombre de *charge bargaining*. Esto ocurre con frecuencia en el cambio de la calificación de un hurto con violencia por hurto sin violencia, de homicidio de primer grado -pena de muerte- por uno de segundo grado¹¹⁸, de homicidio doloso por homicidio imprudente, de tráfico por consumo de drogas. Cuando el acusador, sin alterar la calificación jurídica, negocia únicamente el cumplimiento de una pena menos grave o la más leve de las varias que están previstas, la negociación se denomina *sentence bargaining*. También, es posible negociar, al mismo tiempo, la calificación jurídica, la sanción e, incluso la ejecución de la pena, como por ejemplo, el lugar del

¹¹⁷ Véase DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Justicia criminal consensuada...*, cit., págs. 42-46, un análisis de las diversas tipologías de la *plea bargaining*.

¹¹⁸ En el proceso de acusación de James Earl Ray por la muerte de LUTHER KING, en Carolina del Norte, hubo una negociación de la calificación de homicidio de primer grado por un homicidio de segundo grado. En el accidente de tráfico en que estuvo implicado el Senador Edward Kennedy también hubo una negociación (Caso *Chappaquiddick*).

cumplimiento y la forma de hacer el descuento en la pena aceptada. Estos casos se denominan de negociación mixta¹¹⁹.

Los acuerdos (*agreements*) son sometidos al Juez, que, aunque tenga el poder de no aceptarlos, e incluso de suspender el cumplimiento de la condena por ciertas condiciones en un determinado período de tiempo (*probation*), se limita a homologarlos¹²⁰. Como regla, estas modalidades de reconocimiento de culpabilidad son efectuadas con el simple cumplimiento de un impreso. Si por alguna razón no ocurre el amén del Juez, la declaración de culpabilidad no puede ser tenida en consideración en la sentencia. Incluso se permite que el acusado retire su declaración de culpabilidad. Además, los acuerdos únicamente

¹¹⁹ Véase MARTÍN OSTOS, J., "La conformidad...", cit., pág. 1502, cuando señala que el "Ministerio Público no tiene obligación de negociar con la defensa, pero sí dispone de amplísimas facultades para hacer imputaciones, presentar ofertas y solicitar penas (por ejemplo: alcanzarse el acuerdo sobre el lugar de cumplimiento de la condena, la exclusión de acusación contra familiares o amigos, no tener en cuenta los antecedentes penales del imputado de cara a la pena, no utilizar contra el propio imputado su testimonio de colaboración, no oponerse a la petición de clemencia por el convicto, etcétera)".

¹²⁰ La regla 11 de la *Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts* establece varias garantías al acusado sometido al *guilty pleas*, tales como la defensa técnica, el derecho a no declararse culpable, a ser juzgado por un jurado y a ser comunicado de la naturaleza de las penas. La Corte deberá conocer de que la declaración de voluntad es libre, pero no intervenir en ella. *Vid.* CABAÑAS GARCÍA, J. C., "El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada", en *Revista de Derecho Procesal*, 1991, II, págs. 282-286, los casos en que no hubo un control de estas garantías. Asimismo, véase MARTÍN OSTOS, J., "La conformidad...", cit., pág. 1502, cuando señala que el acuerdo requiere la aceptación del órgano judicial, admitiendo o no la negociación, sin que intervenga en ella. Su tarea consiste en el control del acuerdo y la comprobación de que los requisitos legales fueron satisfechos.

son revocables por la concurrencia de vicios de voluntad del imputado, lo que se interpreta restrictivamente¹²¹.

La *plea bargaining* representa una manifestación de oportunidad pura, en forma de consenso entre las dos partes: acusación y defensa, prácticamente sin ningún control del órgano jurisdiccional. Para FAIRÉN GUILLÉN, “nos hallamos ante un caso de autocomposición procesalizada e incompleta, dada la intervención judicial al fin. Pero autocomposición de gran entidad: es un contrato”¹²².

La doctrina norteamericana¹²³ considera que la negociación no fomenta la investigación científica; que el reconocimiento de la culpabilidad ocurre ante una coacción psicológica; sirve como manipulación política contra los negros y los más pobres; que lleva a una condena de los menos experimentados; que propicia un cambio de favores entre el fiscal, que es elegido y lucha para mantener su puesto por medio de un gran número de condenas, fáciles de obtener con la negociación con el acusado. Además, el *prosecutor* negocia cuando no tiene un “buen caso”, o sea, cuando la prueba no le favorezca, ocurriendo un reconocimiento meramente formal de la culpabilidad. Además, se pone de relieve el fenómeno de la *overcharging*, esto es, el *prosecutor*, con la finalidad de obtener un buen acuerdo y una condena, fuerza una acusación, bien incluyendo una gran cantidad de hechos o bien calificándolos para tipos penales graves. Así podrá fácilmente obtener un acuerdo, con la consecuente

¹²¹ Casos Brady v. Unites States y North Carolina v. Alford, señalados por BROWN y FANCHIOTTI, en FAIRÉN GUILLÉN, V., “Autodefensa...”, cit., pág. 81.

¹²² “Autodefensa...”, cit., pág. 82

¹²³ Véase DE DIEGO DíEZ, L.A., *Justicia criminal consensuada...*, cit., págs. 49-54; y MARTÍN OSTOS, J., “La conformidad...”, cit., pág. 1502.

condena y término del proceso, principalmente contra los más débiles o contra los que no tienen un buen abogado defensor.

BALDWIN y MC-COINVILLE, con relación a las negociaciones criminales en Gran Bretaña, señalan que la policía está satisfecha con los *guilty pleas*, pues pueden dedicarse a los que consideran sus deberes más importantes, en vez de estar pendientes de ir de un Tribunal a otro a prestar declaración. Los Jueces y los Magistrados y el Ministerio del Interior también son partidarios porque se puede cumplir el calendario de los señalamientos, y así reducir las esperas que anteceden al juicio. También, señalan que hay dos tipos de procedimiento: uno para los acusados que no se confiesan culpables, y que es extremadamente elaborado, y consume mucho tiempo, y otro, que se sigue con los que se conforman, y es poco menos que una chapuza (*slap-dash*). Debido a la insuficiencia de los recursos, sólo los acusados más arriesgados y tenaces tienen derecho a un proceso más elaborado, y se presiona al resto para que acepten la versión acusatoria¹²⁴.

El reconocimiento meramente formal de la culpabilidad, además de poner la forma por encima de la substancia, pues no ocurre una discusión dialéctica, pone de relieve el pragmatismo del sistema jurídico y de la política criminal, pues la respuesta rápida del aparato criminal depende de la debilidad y confesión del acusado.

FERRAJOLI ha señalado que el sistema de la *plea bargaining* representa una fuente inagotable de arbitrariedades, tanto por omisión, pues no hay un control eficaz sobre los favoritismos, como por acción, pues el juicio se

¹²⁴ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Justicia a cien por hora...", cit., pág. 1064.

ha convertido en una excepción, en la medida que muchos imputados inocentes prefieren declararse culpables que someterse a los costes y riesgos del juicio¹²⁵.

Los argumentos favorables al sistema de la *plea bargaining* que se suelen señalar son: la forma rápida de solucionar la mayoría de los delitos; y la eliminación de la costosa producción de las pruebas, con un ahorro de tiempo y de dinero¹²⁶. Como se observa, son señalamientos exclusivamente utilitarios y no científicos.

En 1983, con la reforma de las *Federal Rules of Criminal Procedure*/regla 10(a)(2), fue introducida una especie de admisión condicional de la culpabilidad, o sea, con la salvedad de denunciarse eventuales infracciones a las enmiendas IV y V, que consagran las garantías procesales básicas¹²⁷.

Los intentos de prohibición de las negociaciones, tanto de la Fiscalía del Estado de Alaska, como de la Comisión Criminal Nixon, como de su restricción en los Estados de Nueva York, Chicago o Washington, por ejemplo, no durarán mucho tiempo¹²⁸. El sistema penal no posee condiciones de sobrevivir sin el *plea bargaining*.

No hay que confundir el sistema de la *plea negotiation* con el *probation system*¹²⁹, según el cual se suspende la medición de la pena -*sentence*-, ante el

¹²⁵ *Op. cit.*, págs. 568 y 569.

¹²⁶ *Vid.* DE DIEGO DíEZ, L.A., *Justicia criminal consensuada...*, cit., págs. 54-64.

¹²⁷ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Justicia a cien por hora...", cit., pág. 1051.

¹²⁸ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Justicia a cien por hora...", cit., pág. 1052.

¹²⁹ MAQUEDA ABREU, M.L., *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, págs. 48-68, señala los fundamentos y los fines de la *probation*.

cumplimiento de determinadas condiciones, por un período de prueba. Sin embargo, hay un juicio de culpabilidad *-conviction-*.

Según FAIRÉN GUILLÉN, este sistema de la *plea bargaining* ha penetrado “sin preparación de nadie, y solapadamente” en la legislación española con la Ley de 28 de diciembre de 1988¹³⁰. Evidentemente, tanto el sistema español, como el brasileño, no admiten la dimensión de las negociaciones y de los reconocimientos de culpabilidad del sistema anglosajón, pero es innegable la influencia de estos institutos en el sistema continental, incluso en España y en Brasil. Hay que tener en cuenta que tanto en el sistema español, como en el brasileño y en el sistema continental europeo, el órgano judicial es quien ocupa el centro del proceso, quien comanda toda la actividad procesal, mientras que en el sistema anglosajón, las partes detentan el mayor protagonismo procesal.

En España, la influencia del sistema angloamericano se observa en la posibilidad del reconocimiento de los hechos, en la fase preliminar, y en los demás mecanismos de consenso: presentación de un escrito de conformidad por las partes ante el Juez de Instrucción (art. 791 LECrim); pedido por la acusación y defensa para que se dicte sentencia de conformidad (art. 793.3 LECrim) o con la presentación de un nuevo escrito de acusación, evidentemente negociado, posibilitándose la conformidad (art. 793.3 LECrim). Todos estos supuestos en sede del procedimiento abreviado.

¹³⁰ “Las «negociaciones» y «conformidades» del sujeto pasivo del proceso penal”, en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, III, Edersa, Madrid, 1992, pág. 416. *Vid.*, asimismo, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal español*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 72, cuando señala que las últimas reformas del proceso penal español lo ha acercado al sistema jurídico norteamericano.

En Brasil, el legislador constitucional, en el año 1988, es decir el mismo de la introducción de los mecanismos de consenso en España, los introducía en la Constitución Federal. Todavía, tardaron siete años más para que el legislador ordinario admitiese el consenso en el proceso penal, dándole una dimensión propia.

Se posibilita, hoy día, la negociación reparadora prohibitiva de la deducción de una pretensión acusatoria, la negociación de una medida criminal entre el Ministerio Público y la defensa, y la negociación de la suspensión del procedimiento criminal declarativo, mediante el cumplimiento de ciertas condiciones. Aunque la nueva sistemática adoptada se base en la legislación alemana -archivo condicional-, italiana -*patteggiamento sulla pena*- y portuguesa -suspensión provisional del proceso-, al menos por vía indirecta, es innegable la influencia del sistema anglosajón.

2) LA LEGALIDAD PROCESAL

A) Concepto y fundamento

En el derecho material penal, en lo que a la instrumentalización penal respecta, no se admite actuación fuera de los dictámenes legales, debido al interés público que domina el proceso penal. Es la adopción del principio de

legalidad en su acepción procesal¹³¹, que sigue siendo, según James GOLDSCHMIDT, el que garantiza la aplicación de la justicia punitiva¹³².

Este interés público informa la existencia de la actuación oficial, o sea, por órganos del Estado, en el proceso penal -principio oficial o de oficialidad-. El Estado distribuye entre sus diversos órganos, la instrumentalización realizadora del *ius puniendi* -pretensión de derecho material-. La persecución penal -policía, Ministerio Fiscal o Juez-, la acusación -Ministerio Público- y el fallo -Jueces o Magistrados- están sometidos a la actuación de estos órganos públicos.

Así, para que se inicie el procedimiento investigatorio, para que se provoque la actuación de la potestad jurisdiccional o se deduzca una pretensión, no se hace necesario que los órganos oficiales sean provocados por el perjudicado, por su representante legal o por cualquier persona. Se observa que en el polo activo del proceso, como regla, está el Ministerio Público, encargado de ejercitar la acción penal, deduciendo pretensiones penales, ante un Juez, también determinado por el Estado.

¹³¹ Según FLORIAN, E., *Elementos de derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1934, págs. 16 y 17, el campo del procedimiento, como en el derecho penal, rige el principio de legalidad, el cual se encuentra expresado en dos máximas fundamentales: *nemo iudex sine lege* y *nemo damnatur nisi per legale iudicium*, o *nulla poena sine iudicio*. MANZINI, V., *op. cit.*, tomo I, pág. 286, señala que la legalidad o necesidad se origina del principio de la obligatoriedad del proceso penal. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *op. cit.*, pág. 101, pone de relieve que al principio de legalidad, informado por razones de orden público, determinante de la averiguación y del castigo siempre que se tenga noticia de la existencia de un delito, se opone el principio de oportunidad, permisivo de la abstención en algún caso, apoyado en el axioma *minima non curat praetor*.

¹³² *Problemas jurídicos...*, cit., pág. 124.

La oficialidad mueve la jurisdicción y el proceso, debido al interés público en la aplicación del *ius puniendi*. Por esto, no hay una disposición sobre los hechos, su autor, ni a lo que respecta a las pruebas, además de la iniciativa probatoria oficial de los hechos relevantes. A diferencia del proceso civil, cuya congruencia se relaciona con el fundamento fáctico y jurídico, el principio acusatorio, el derecho de defensa y el principio de contradicción orientan la correlación entre la pretensión y la sentencia de condena, a ciertos autores, por determinados hechos¹³³.

Oficialidad no tiene el mismo significado que impulso oficial. Este informa que todo el procedimiento se realiza *ex officio*, sin necesidad de una especial colaboración del imputado. Impulso oficial se contrapone con impulso de parte, mientras que oficialidad se contrapone con actuación por órganos no estatales, no oficiales. Además, el impulso, oficial o de parte, se verifica tras el inicio del procedimiento penal. Como regla, en el proceso penal, el impulso es oficial. Sin embargo, en la acción privada, en la acción popular, y en la práctica de actos procesales -pedido de producción de prueba-, existe el impulso de parte. En el proceso civil, respecto de la deducción de la pretensión, como regla, no rige el principio de oficialidad, aunque el impulso procesal dependa del órgano judicial. Todavía, a diferencia del proceso penal, en el proceso civil rige el principio dispositivo o de aportación de parte, pues están en juego intereses particulares o bienes jurídicos de los litigantes, que disponen de los hechos, de las pruebas, del *petitum* y también del fundamento jurídico.

¹³³ Según ARMENTA DEU, T., *El principio acusatorio y derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 31 y 32, la esencia del acusatorio reside no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa. Los componentes que atañen a informar de la acusación y a preservar la contradicción, tanto desde la perspectiva de la acusación cuanto de la defensa, deben incluirse en el principio de contradicción, que si bien en lo relativo a su vigencia es consecuencia ineludible del proceso de partes, no es totalmente equiparable al acusatorio, al presentarse supuestos en que la vulneración del acusatorio no implica lo propio en lo relativo a la contradicción. Asimismo, véase DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit, págs. 15-20.

Además, la resolución de las controversias puede darse por órganos no estatales -arbitraje, por ejemplo-.

Asimismo, el Estado también estará presente en el polo pasivo cuando el acusado no tiene defensor técnico, debido al interés público que también alcanza el *status libertatis*. Excepcionalmente se otorga legitimación a los afectados directamente por el hecho criminal para deducir pretensiones -“delitos privados” o en la *quivis ex populo*-, o se condiciona la procedibilidad de los órganos estatales a la manifestación volitiva de la víctima o de sus representantes legales -“delitos semipúblicos”-. En estos últimos, únicamente el impulso inicial se encuentra en la esfera privada.

Además de la oficialidad que domina el proceso penal, no hay fallo sin previa acusación. Ésta es la esencia del principio acusatorio, que va más allá de la simple división de funciones entre los diversos órganos que actúan en el proceso, que más bien indica una forma de proceso. El principio acusatorio ha que ser entendido en su aspecto formal y material. Así, el sujeto que investiga, y/o que acusa, no tiene legitimación para juzgar el mismo caso y no habrá fallo sin que haya una acusación formalizada. Entre los múltiples efectos del principio acusatorio destacamos que el fallo se restringe a la descripción del hecho, al elemento objetivo de la pretensión acusatoria¹³⁴, que puede ser

¹³⁴ Pensamos que la pretensión se estructura en tres elementos fundamentales: los entes personales, el hecho con apariencia de infracción criminal, independientemente de la valoración jurídica o de la calificación jurídica hecha en la acusación, y la petición especial. Únicamente el hecho punible, sin los demás elementos de la pretensión, no refleja todo lo que el proceso penal trata. No si está negando la importancia del hecho con apariencia de infracción criminal, pero, se está considerando como uno de los elementos de la pretensión. La importancia del hecho ya se observa en el momento del inicio de la investigación criminal -hecho con apariencia de infracción criminal o no-, en la calificación jurídica -delito o falta-. Admitiéndose únicamente el hecho como objeto del proceso penal, no se podría ejercitar una acción penal contra el verdadero autor, después de condenada una persona que no hubiera sido su autor, por identidad

ampliado, pero siempre por iniciativa de la acusación, con posibilidad de resistencia, pues el objeto del proceso no es únicamente el hecho¹³⁵, la

de objeto, esto es, por faltar objeto, por ya haber habido decisión respecto del objeto. Admitiéndose la teoría de la pretensión procesal, si se podría justificar una nueva pretensión, pues el objeto del proceso no sería el mismo y otro sujeto estaría en la parte pasiva. También, en muchos casos de absolución, habría proceso penal sin objeto. *Vid.*, asimismo, BETTIOL, G., *Instituzioni di diritto e procedura penale*, Cedam, Pádova, 1980, pág. 185, cuando pone de relieve que el imputado no es un objeto de investigación, sino un sujeto de derechos, lo que no ocurría en el Estado absolutista de los siglos XVII y XVIII; GUASP, J., "Bibliografía", en *Revista de Derecho Procesal*, 1947, núm. 2, págs. 351 y 352, cuando señala que tanto en el proceso civil, como el proceso penal son auténticos procesos de partes, siempre que el concepto de parte se construya correctamente en base de la titularidad activa y pasiva de una pretensión, y no desacertadamente en base de una pretendida contraposición de intereses materiales, que ni en el proceso civil, ni en el proceso penal tienen relevancia. Nada importa que en el proceso civil actúen sujetos particulares y en el proceso penal sujetos oficiales, principalmente el Ministerio Público -el cual puede también ser parte en el proceso civil-, pues la índole jurídica privada o jurídico pública de las partes no afecta al mundo del proceso, a la que es indiferente que vengan los sujetos movidos por el ejercicio de un derecho o por el cumplimiento de un deber.

¹³⁵ Véase BELING, E., *Derecho procesal penal*, Labor, Madrid, 1943, pág. 79, -hecho de la vida-; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 196, -hecho punible-; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal* (con MONTERO AROCA, J., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 95, -hecho criminal imputado a una persona-; ALMAGRO NOSETE, J., *Instituciones de derecho procesal. Proceso penal* (con TOMÉ PAULE, J.), Trivium, Madrid, 1994, pág. 121, -*thema decidendi*-; y TIEDEMANN, K., *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal* (con ARZT, G., y ROXIN, C.), Ariel, Barcelona, pág. 167

pretensión¹³⁶, sino también la resistencia procesal¹³⁷.

Por lo tanto, el interés público que domina el proceso penal determina la actuación procesal conforme a la determinación legal, del punto de vista de los sujetos procesales y de sus actividades¹³⁸. De este principio de legalidad derivase la obligatoriedad o necesidad de investigar, acusar, defender, condenar y ejecutar la condena, en un proceso conducido por un Juez estatal.

¹³⁶ Vid. ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y derecho procesal*, Edersa, Madrid, 1997, pág. 196, cuando concluye que el objeto del proceso es la pretensión, entendida como la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración; ASECIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, pág. 31, cuando señala que la pretensión es el objeto del proceso, y el hecho su elemento objetivo; FENECH, M., *Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1945, tomo I, págs. 391-485, en la ocasión en que pone de relieve que la pretensión punitiva es el objeto necesario del proceso penal, y las de resarcimiento y las prejudiciales son el objeto contingente; GUASP, J.D., *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 66, cuando pone de manifiesto que “la pretensión procesal es, pues, un acto procesal y al mismo tiempo el objeto del proceso, integrado este objeto, no en cuanto acción que se realiza en un cierto momento, sino en cuanto acto ya realizado que, por este mismo carácter de estado que imprime a la realidad una vez que ha influido sobre ella, hace girar en torno a sí misma el resto de los elementos que aparecen en la institución procesal”.

¹³⁷ FAIRÉN GUILLÉN, V., “El proceso como función de satisfacción jurídica”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1969, núm. 1, págs. 17-95, afirma que se satisfacen, jurídicamente, pretensiones y resistencias o contestaciones. Es el choque intersubjetivo que debe ser resuelto por el Juez, con carácter de potestad, otorgando la tutela jurídica al interés más digno de protección jurídica.

¹³⁸ Según BAUMANN, J., *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 58, el principio de legalidad es una consecuencia lógica de los principios de oficialidad y del principio acusatorio. TIEDEMANN, K., *op. cit.*, pág. 170, señala que “el principio de legalidad es el necesario complemento del monopolio de la acusación”.

En efecto, tanto los titulares de la persecución, como de la acusación, del juicio, no pueden actuar de acuerdo con lo que les conviene, según criterios que no estén determinados por la ley. El encargado de la investigación oficial no puede dejar de averiguar un determinado hecho del que ha tenido conocimiento el acusador, no puede dejar de acusar a alguien, cuando estén presentes los presupuestos necesarios, o sea, cuando exista viabilidad acusatoria, no puede acusar a “A” y no acusar a “B”, según le convenga, o limitar el hecho histórico.

Mientras que la solución de las controversias de naturaleza privada puede ocurrir por medio del proceso jurisdiccional estatal, o por un procedimiento arbitral, o bien por la administración, o aún por los particulares, la pena criminal sólo puede ser aplicada en un proceso previamente determinado, por un Juez Estatal. Además, únicamente la jurisdicción dice el derecho sin un interés objetivo, desinteresadamente, por medio de un tercer imparcial, ajeno a los intereses de las partes.

El desarrollo y el término del proceso penal no pueden estar sometidos a la voluntad particular o a un poder de disposición de determinados sujetos jurídicos. A éstos no se les reconoce la facultad de postular o no determinada tutela judicial o una sentencia condenatoria, pues actúan conforme al principio de legalidad o de necesidad. Estamos hablando de la “estricta legalidad”, o sea, la aplicable al derecho criminal material y al procesal, específicamente, que condiciona la vigencia de las leyes a la taxatividad de sus contenidos y el de legalidad que se presenta como principio general del derecho público, extensivo a todo el campo de la producción del derecho estatal -“mera legalidad”-¹³⁹.

La oportunidad permitiría una flexibilidad con relación a la persecución penal, a la selección penal, con exclusión de algunos hechos relevantes, a la

¹³⁹ Véase BERGALLI, R., “Principio de legalidad...”, cit., pág. 59.

formulación o no de la acusación, a la calificación de los hechos o la sustitución de la pena o su aplicación por la imposición de otras medidas¹⁴⁰.

Según el principio de legalidad, “el proceso penal no puede dejarse en su inicio a la decisión discrecional de nadie, sino que aquél a quien se atribuya por ley la competencia para pedir la incoación del proceso ha de quedar sujeto a la legalidad estricta, y ello sustancialmente porque la aplicación del Derecho penal en el caso concreto no puede depender de que alguien estime como lo más oportuno para la mejor defensa de su derecho subjetivo el acudir o no al proceso. Si no existe relación material penal y si no hay propiamente derechos subjetivos, nadie puede tener atribuido el poder de decidir si un delito se persigue o no, por lo menos a riesgo de que sea desvirtuada la conquista de la civilización consistente en que el Derecho penal lo aplican sólo los órganos jurisdiccionales”¹⁴¹.

Así, la legalidad, estrictamente¹⁴², es el principio que informa que la persecución criminal, que la deducción de una pretensión acusatoria¹⁴³, que el

¹⁴⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., págs. 07 y 21.

¹⁴¹ MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1997, pág. 45.

¹⁴² DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9877, encontramos un concepto adscrito de la legalidad al Ministerio Público, que a él está sujeto, pues debe “impulsar el proceso y acusar siempre que se encuentre ante un hecho con apariencia delictiva y que ajuste estrictamente su acusación -configuración del hecho imputado, calificación jurídica y solicitud de pena- a los parámetros legales”. *Vid.*, asimismo, BAUMANN, J., *Derecho...*, cit., pág. 59, una concepción restrictiva del principio de legalidad, adscrito al Ministerio Fiscal: investigación y promoción de la acción penal.

¹⁴³ Como entendemos que la pretensión integra el objeto del proceso como acto ya realizado -GUASP-, cuando la parte activa acusa, deduce una pretensión acusatoria, con el objetivo de que el Juez ejercite su poder de condenar y de aplicar la pena. Desde el punto de vista procesal, el ejercicio de una pretensión acusatoria origina una cognición, pues el acusador parte de la

sostenimiento de la acusación no pueden depender de la voluntad subjetiva de los órganos que tienen el deber jurídico de actuar según el ordenamiento jurídico vigente.

El fundamento político del principio de legalidad se encuentra “en el positivismo jurídico legal científico, y en el movimiento codificador del siglo XIX, en el que, sentada la ficción de plenitud del ordenamiento jurídico, el papel del Juez había de reducirse a ser un mero autómatas de la aplicación de la ley, cuando se hubieren cumplido sus presupuestos y sin preocuparse del sentido y espíritu de la ley, condenar si el sonido de la palabra condena y si absuelve, absolver (FEUERBACH)”¹⁴⁴.

En la línea del fundamento político del principio de legalidad, hay que tener en cuenta que las reglas jurídicas criminales, materiales o instrumentales,

premisa de no existencia de una situación material segura y cierta. Para el actor, el acusado ha cometido una infracción criminal, tiene responsabilidad criminal y, por esto, debe ser sancionado. La pretensión acusatoria no es la única pretensión que existe en el proceso penal. Nos decantamos por clasificarlas en pretensiones cautelares, de cognición y ejecutivas. Las pretensiones acusatoria, declaratoria pura *-habeas corpus-*, y constitutiva -por ejemplo, la revisión criminal-, son pretensiones de cognición. *Vid.*, asimismo, la clasificación de GUASP, J., *Derecho procesal civil* (actualización de ARAGONESES ALONSO, P.), Civitas, Madrid, 1998, pág. 32, en cognitivas -constitutivas, declarativas o de condena-, y de ejecución; de MONTERO AROCA, J., *Introducción al derecho procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 102, en de cognición y de ejecución; de FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del proceso*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 89-97, en penales y no penales, plenarias y sumarias, de fondo y instrumentales o cautelares; cognitivas -mera declaración, declarativas de condena, ejecutivas, constitutivas voluntarias, constitutivas obligatorias y de protección de los intereses difusos-, de ejecución y cautelares; de FENECH, M., *op. cit.*, tomo I, págs. 398 y 399, en relación a los sujetos -pública y privada-, y al fundamento jurídico -delito, falta o conducta considerada peligrosa-.

¹⁴⁴ GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, (con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Colex, Madrid, 1999, pág. 110.

además de ofrecer una información relativa a la elaboración y aplicación de los preceptos¹⁴⁵ y de las sanciones, también “traducen imágenes del poder y argumentaciones que sostengan la obediencia”, o como ha afirmado BOBBIO, que en el lenguaje político se entiende por legalidad un atributo y un requisito del poder -poder racional-legal de la concepción de Weber, que fundamenta la legitimidad del Estado-, mediante el cual se dice que un poder es legal o actúa legalmente o tiene carácter de legalidad siempre que es ejercido en el ámbito o en conformidad con leyes establecidas o de cualquier manera aceptadas¹⁴⁶.

Esto no significa que los Poderes Políticos del Estado o sus agentes actúen siempre de acuerdo con el principio de legalidad en su sentido material o instrumental, amén de la discrecionalidad peculiar a la actividad administrativa. Esto se observa en la cultura de la emergencia, con la producción de una legislación excepcional para atacar nuevos fenómenos sociales, políticos y criminales, como el terrorismo, la criminalidad organizada, el blanqueo de capitales, los daños al medio ambiente, etcétera. Para controlar tales fenómenos, “los Estados de derecho han prolongado la excepción penal, profundizando las violaciones al principio de legalidad y añadiendo una crisis mayor, cual es

¹⁴⁵ Según CARNELUTTI, F., *Instituciones de derecho procesal civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1994, pág. 53, la conversión de la regla en mandato significa que un ser humano, o más, a quienes viene atribuido ese poder -órganos-, al declarar de cierto modo su voluntad, impone a los sujetos del conflicto la observancia de una determinada conducta. Así pues, la noción del mandato requiere, ante todo, la indicación de la conducta a observar. A esa indicación le llama “precepto”. En las comunidades primitivas, el precepto representaba la conducta acepta socialmente. Hoy, entendemos por precepto la conducta establecida por el ordenamiento jurídico para ser observada por los ciudadanos, con la misión de mantener la paz jurídica y social. La consecuencia de la no observación de un precepto es la aplicación de una sanción jurídica.

¹⁴⁶ BERGALLI, R., “Principio de legalidad...”, cit., pág. 58.

la de legitimidad en la producción y aplicación de las normas jurídicas que expanden el sistema penal como forma de control punitivo”¹⁴⁷.

El principio de legalidad aun, en los sistemas continentales, continua enmarcado en el contexto de la modernidad político-jurídica, aunque, conforme advierte HASSEMER, consideradas las teorías penales, el principio de legalidad representa lo clásico y la oportunidad lo moderno, teniendo, por lo tanto, más predicamento. Un sistema, orientado exclusivamente en la dirección moderna, amenaza con sortear las clásicas barreras del Derecho Penal y convertirse en terrorismo de Estado¹⁴⁸.

El deber de proceder de oficio encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar la protección de bienes jurídicos -Derecho Penal- y en la misión de asegurar la paz jurídica -Derecho Procesal Penal-¹⁴⁹, con la efectividad jurídica del ordenamiento criminal, alcanzable con la persecución, acusación y desarrollo del proceso mientras estén presentes los requisitos legales. Debido a esta relación intrínseca con la pretensión de derecho material, que posee el proceso penal, el deber de guardar una función de protección absolutamente

¹⁴⁷ BERGALLI, R., “Principio de legalidad...”, cit., pág. 58, señala como ejemplos: la violación del principio del Juez Natural, las actividades para-policiales, la creación de las cárceles de máxima seguridad, la legislación de extranjería, con la distinción entre ciudadanos europeos y no europeos. Podemos añadir que, incluso, a nivel del aparato del Estado se han institucionalizado grupos para actuar al margen de las instituciones legales de combate a la criminalidad, comprobando la ineficacia del propio aparato de combate a la criminalidad. Aquí, la razón -si es que se la pueda llamar razón- de la excepción ha preponderado sobre la razón de la legalidad.

¹⁴⁸ “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *Jueces para la Democracia*, 1988, núm. 4, pág. 10. Vid, asimismo, BERGALLI, R., “Principio de legalidad...”, cit., pág. 58, cuando afirma que el principio de legalidad constituye, o con otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica.

¹⁴⁹ Véase TIEDEMANN, K., *op. cit.*, pág. 170.

necesaria de los bienes jurídicos esenciales e irrenunciables para la existencia de la comunidad jurídica, especialmente del *status libertatis*, también sustenta jurídicamente el principio de legalidad en su sentido procesal¹⁵⁰. Así, cumple una misión específica de garantía para los particulares¹⁵¹. El principio de legalidad, según James GOLDSCHMIDT, dominará en un “tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de derecho y de las garantías del mismo”¹⁵².

B) Efectos

Los efectos de la adopción del principio de la legalidad aparecen desde la fase persecutoria, pasando por la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, con la deducción y sostenimiento de una pretensión acusatoria, alcanzando el derecho de defensa la actuación del órgano jurisdiccional y el propio proceso. Esto porque, como ha señalado DE LA OLIVA SANTOS, en materia de proceso penal el perjudicado, el ciudadano, el fiscal o el órgano judicial no pueden disponer libremente¹⁵³.

Una vez conocida la práctica de un hecho con apariencia de infracción criminal, la investigación de la materialidad, de la autoría y de todas las demás

¹⁵⁰ Vid. GÖSSEL, K.H., “Principios fundamentales de las reformas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán”, en *Justicia*, 1985, IV, pág. 879.

¹⁵¹ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 185.

¹⁵² *Problemas jurídicos...*, cit., pág. 124

¹⁵³ *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 11.

circunstancias del hecho es obligatoria, pues el *ius persecuendi* no pertenece a determinados sujetos, sino a la propia organización estatal.

La *notitia criminis* obliga a los órganos encargados de la *persecutio criminis* a cumplir con sus deberes, a actuar conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico. La averiguación fáctica, preparatoria de una posible acusación, no está en la esfera de criterios de conveniencia de los afectados por el hecho o de los encargados de la persecución criminal. Estos no pueden seleccionar los hechos, ni tampoco los posibles autores que serán investigados. La actuación viene determinada por el principio de legalidad.

El interés público, conectado con el principio de legalidad informa que la actuación penal deberá comenzar siempre que esté presente el interés de la colectividad en la aplicación de las normas penales. Y este viene informado por determinación legal. Los sujetos procesales sólo pueden renunciar a lo que es suyo. Los órganos oficiales encargados de la persecución, de la acusación y del juicio representan un interés público indisponible en sus actuaciones, y no un interés subjetivo o propio.

En los “delitos privados” o en los “semipúblicos” o en quien puede ejercer la acción popular, no ocurre una renuncia del *ius puniendi*, sino una renuncia de los “derechos procesales”, pues estos sujetos no son titulares del derecho de castigar y ni del hipotético derecho a una condena del acusado. “Estas partes acusadoras tampoco pueden excluir por su voluntad la ley aplicable (art. 6.2 CC), esto es, lograr que el derecho penal no se proyecte sobre el caso. Así, pues, limitándose su poder de disposición en este ámbito a

renunciar a sus derechos procesales, su máxima renuncia es la que comportaría abandonar su condición de parte acusadora”¹⁵⁴.

La fase de instrucción se destina a preparar el material a la deducción o no de una pretensión acusatoria, y no preparar un juicio definitivo sobre la culpabilidad. Esta fase preliminar, en los ordenamientos jurídicos en que no es dirigida por el Juez instructor¹⁵⁵, no se puede considerarla jurisdiccional -Brasil-, aunque sea posible la prestación jurisdiccional, como en los supuestos de las medidas cautelares. En el sistema español, hay que reconocer la naturaleza jurisdiccional, verdaderamente procesal de la fase preliminar, pues, como afirma DE LA OLIVA SANTOS, el “Juez instructor ordena y dirige las investigaciones y, además, dicta resoluciones de suma transcendencia jurídica y vital. Y sobre todo, en el sumario, el Juez juzga constantemente, subsumiendo hechos en normas jurídicas y extrayendo las consecuencias legales”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 12. Para FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *La reforma del proceso penal*, (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CONDEPUMPIDO FERREIRO, C., PÉREZ MARIÑO, V., y VARELA CASTRO, L.), Tecnos, Madrid, 1990, pág. 31, en la propia LECrim de 1882 no faltan concesiones a la oportunidad y a la disposición del proceso, en la investigación y enjuiciamiento de las infracciones semipúblicas y privadas.

¹⁵⁵ Según GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “La reforma procesal penal”, en *La Reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992* (con DAMIÁN MORENO, J., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Colex, Madrid, 1992, pág. 109, “en las décadas de los setenta y ochenta diversos países, principalmente Alemania, Portugal e Italia, han optado por transformar en profundidad su proceso penal. En el primero a través de diversas reformas de la Strafprozessordnung de 1877, entre las que destaca la Gran Reforma de 1974, y en los últimos con la promulgación de nuevos Códigos, en 1987 y 1988 respectivamente. Coinciden los tres modelos en tres puntos básicos: la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación, la instauración de procesos simplificados para el enjuiciamiento de las faltas, contravenciones y delitos flagrantes y menos graves, y la admisión del sobreseimiento por motivos de oportunidad”.

¹⁵⁶ *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 44.

No vamos a discutir aquí, aunque el tema sea de interés y actualidad, quién debe comandar la fase preliminar: la policía, el Ministerio Fiscal o un Juez de instrucción. Independientemente del sujeto que la ejerza, es esencial garantizarse la actuación de un tercer imparcial, ajeno al *ius persecuendi*¹⁵⁷.

Esta actuación necesaria no se restringe al plano de la investigación. Una vez demostrada la práctica de un hecho con apariencia de infracción criminal, y descubierta la presunta autoría, el principio de legalidad determina que el órgano oficial responsable por el ejercicio de la acción penal, deduzca una pretensión acusatoria contra el presunto autor, dando inicio al verdadero proceso penal contradictorio. Aquí, el Estado ejercita el *ius accusationis* contra un sujeto pasivo, ante de un órgano judicial.

El Ministerio Público está obligado, conforme al principio de legalidad, atendidos los requisitos normativos, a ejercitar la acción penal, sin que pueda atender a “criterios de oportunidad o de conveniencia”¹⁵⁸. No está en el poder de disposición del representante de la fiscalía la opción de ejercer o no la acción penal, de ejercerla contra un determinado sujeto y no contra otro. También, no puede el Ministerio Fiscal, ante una pluralidad de hechos, escoger cuáles serán

¹⁵⁷ Según JUNG, H., “Le Ministère Public: portrait d’une institution”, en *Archives de Politique Criminelle*, 1993, núm. 15, pág. 18, el Ministerio Público, “antes de todo, es el garante de la legalidad de la persecución”.

¹⁵⁸ ARAGONESES ALONSO, P., *Curso de derecho procesal penal* (con ARAGONESES MARTÍNEZ, S.), Edersa, Madrid, 1986, pág. 117. Vid. asimismo, LEONE, G., *Trattato di diritto processuale penale*, I, Jovene, Napoli, 1961, págs. 143 y 144, cuando afirma que la oficialidad de la acción penal informa que el Ministerio Público tiene la obligación de promover, por su iniciativa, la acción penal y que la obligatoriedad de la acción penal se coloca en oposición a la discrecionalidad, que es incompatible con una visión democrática de la función penal. Para él, obligatoriedad significa que el Ministerio Público, tiene el deber de iniciar la acción penal y no puede, una vez iniciada, omitirse el cumplimiento de todos los actos posteriores de promoción de la acción penal.

imputados al presunto autor. Por lo tanto, se puede decir, como ha afirmado DE LA OLIVA SANTOS, que el Ministerio Público se constituye en parte acusadora necesaria en los delitos en que debe actuar de oficio, frente a la naturaleza contingente de los acusadores particulares¹⁵⁹.

Así, ningún hecho relevante puede quedarse fuera del ámbito de la pretensión acusatoria, que debe abarcar toda la materia criminal relevante, determinada objetivamente.

Al no cumplirse el fallo condenatorio, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de promover la ejecución del condenado, haciendo actuar el *ius executionis*, en la forma establecida por el ordenamiento jurídico.

Una vez deducida la pretensión acusatoria, el Ministerio Público, en tanto persistan los presupuestos materiales o los requisitos legales, o sea, perdure su viabilidad, está obligado a sostener la acusación, y luchar por la condena del acusado. No puede desistir de la pretensión, retractarse, perdonar al acusado, pedir la suspensión del procedimiento ni acordar la terminación anticipada del proceso.

Los sujetos procesales no pueden renunciar a lo que no es suyo, y los órganos oficiales encargados de la persecución, de la acusación y del juicio representan el interés público indisponible que informa sus actuaciones, y no un interés subjetivo, propio.

Por consiguiente, como ha señalado MONTERO AROCA, “el proceso penal no puede ser revocado, suspendido, modificado o suprimido sino en los casos en que así lo permita una expresa disposición de la ley, sin que ello pueda

¹⁵⁹ “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9855.

dejarse a la discrecionalidad de persona alguna”¹⁶⁰. Esto no significa que el acusador no pueda pedir la absolución del acusado -retirada de la acusación- o limitar la imputación inicial en el desarrollo del proceso, siempre en obediencia al principio de legalidad.

La aplicación del principio de legalidad también se plantea con respecto a la actuación del órgano judicial¹⁶¹, pues no se admite decisiones jurisdiccionales fuera de la legalidad. Toda pretensión en materia criminal ha que ser deducida ante un Juez público, oficial, predeterminado por la ley, que conducirá el proceso y dictará el fallo dentro de los límites establecidos. Es el principio de legalidad, tanto en su sentido material de actuación del *ius puniendi*, con la definición de un tipo penal y de una pena, previamente establecidos, como procesal, de conducción del proceso y del fallo, dentro de la normatividad. No hay solución penal fuera de la jurisdicción oficial. A esta necesidad jurisdiccional se puede concebir con la máxima *nemo iudex sine lege*¹⁶².

En efecto, como ha afirmado FERRAJOLI, entre las garantías penales y las procesales, hay una correlación biunívoca, reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal. Así, estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad se presuponen recíprocamente y valen en su conjunto no sólo para definir, sino

¹⁶⁰ *Derecho Jurisdiccional III, proceso penal*, (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 17.

¹⁶¹ Según GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., pág. 125, el problema de si el principio de legalidad o de oportunidad ha de tener validez, se plantea también con respecto al Juez. Esta afirmación está basada en el hecho de la extensión del arbitrio judicial que se encuentra en la legislación alemana sobre los Tribunales para menores y en los proyectos de reforma que contienen reglas respecto de la atribución judicial de indultar al culpable en casos fútiles.

¹⁶² FLORIAN, E., *op. cit.*, pág. 17.

también para garantizar el carácter cognoscitivo de un sistema penal. Así, mientras la legalidad penal asegura la prevención de las lesiones previstas como delitos, la procesal, en lo que respecta a la jurisdicción, asegura la prevención de las venganzas de las penas privadas¹⁶³.

Desde el punto de vista de la defensa, el principio de legalidad determina la obligatoriedad de la defensa técnica -heterodefensa-, prohibiéndose el allanamiento o la disposición acerca de los hechos o de sus consecuencias. Así, ningún acusado podrá ser procesado sin abogado defensor, pues el interés público también está presente en la defensa del *status libertatis*. Sin embargo, respecto a la defensa personal -autodefensa-, el acusado tiene la opción de ejercerla o no, según le convenga.

En el proceso penal, podremos encontrar el interés público del Estado en los tres polos del proceso: acusación, defensa y fallo.

Una última puntualización, y no de menor importancia, de la concepción del principio de legalidad, lo es la naturaleza del proceso, justamente por ser una “realidad que no existe en la vida, en el tráfico jurídico, sino que sólo existe porque la ley lo quiere y lo crea. Un proceso es, sí, una realidad, pero no una realidad espontánea, fruto de la voluntad libre de determinados sujetos, como lo es una compraventa o un préstamo, sino una realidad querida por la ley y que se disciplina concretamente por normas jurídico-positivas, sin perjuicio de la vigencia y efectividad de ciertos principios generales del Derecho”¹⁶⁴.

La única forma de actuar el derecho criminal, de ejercer la función jurisdiccional es a través de un proceso público, determinado por la ley. Las

¹⁶³ *Op. cit.*, pág. 538.

¹⁶⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., págs. 5 y 6.

partes, independientemente de lo que pueda ocurrir en el ámbito del derecho privado, no pueden escoger el procedimiento arbitral, o otras formas procedimentales para el actuar de la ley criminal.

La pena criminal sólo puede ser aplicada en el seno de un proceso público, conducido por un Juez ordinario¹⁶⁵. No se conocen decisiones criminales fuera del proceso, sean condenatorias, absolutorias o de aplicación de una medida de seguridad. Las partes no pueden elegir otra forma de aplicación de la ley penal. Podemos englobar estas consideraciones en el axioma *nulla decisionis poenalis sine iudicio*, más acabado que la máxima *nullun crimen, nulla poena sine iudicio*, una vez que, además de no representar la universalidad del fenómeno procesal, pone el *ius puniendi* por encima del *status libertatis*.

Los sujetos procesales, según el principio de legalidad, no pueden disponer del cauce procesal. Así, el proceso no puede ser extinto anticipadamente ni ser suspendido, con o sin condiciones, sin que haya una previsión legal autorizadora.

El principio de necesidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrechísima de la justicia punitiva¹⁶⁶. Además de garantizar la aplicación del derecho penal material a través del proceso, la legalidad también tiene por misión limitar¹⁶⁷ los poderes de los órganos acusadores y de los juzgadores,

¹⁶⁵ Según GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, I, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 27, el principio de necesidad del proceso penal informa que no habrá pena sin proceso -*nulla poena sine iudicio*-.

¹⁶⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., pág. 124.

¹⁶⁷ Según MANZINI, V., *op. cit.*, tomo I, págs. 285 y 286, los órganos del Estado no pueden disponer libremente del poder-deber de actuar el *ius puniendi*, pues se ha impuesto autolimitaciones inderogables, establecidas en la ley; la renuncia -condicionada o no- al poder

como garantía del derecho de libertad y de la igualdad de tratamiento. Cuándo, cómo y porqué se puede investigar y acusar, y cómo los Jueces deben aplicar el ordenamiento jurídico penal, evita el arbitrio de la acusación y del fallo.

Además, como hemos visto, la historia demuestra que los regímenes totalitarios eliminaron el freno de la legalidad, adoptando la oportunidad.

Lo que se busca es dar una respuesta jurídica ajustada a la legalidad a un hecho con caracteres de infracción criminal, lo que no es “compatible con desfigurar ese hecho, transformarlo o sustituirlo por otro, hacerlo desaparecer procesalmente o prescindir de cualquiera de sus rasgos que sea jurídicamente relevante”¹⁶⁸.

3) OPORTUNIDAD Y CONSENSO

Ahora bien, ¿cómo juega el principio de oportunidad en el proceso penal? ¿Se opone o es compatible con la legalidad, con la necesidad o con la obligatoriedad? ¿En qué consiste? ¿Es un principio?

Según las tesis positivistas, como las de HART y KELSEN, el sistema jurídico es un sistema abierto, debido a la vaguedad del lenguaje del derecho y la posibilidad de conflictos de normas que inciden a casos concretos. Este sistema se funda en reglas basadas en su validez y/o eficacia, pudiendo el Juez,

de procurar el castigo -perseguir- y realizarlo eventualmente -castigar-, no es, pues, admisible si no está legislativamente y previamente consentida por la propia voluntad del Estado.

¹⁶⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 12.

en la ausencia de reglas aplicables, decidir por medio de fundamentos extrajurídicos. DWORKIN se opone a este sistema, señalando que, además de reglas, el sistema jurídico se compone de principios jurídicos, los cuales permiten, también, que exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no la determinan. Esta respuesta correcta sería la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga los principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la Constitución, las reglas de Derecho y los precedentes¹⁶⁹.

Con frecuencia se utiliza el criterio, aunque débil, de la generalidad para distinguir las reglas de los principios. Estos se constituirían en normas de un grado más alto que las reglas. Según ALEXY, la tesis fuerte radica en que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo¹⁷⁰.

Según DWORKIN, las reglas son aplicables en la forma “todo-o-nada”, esto es, la regla es válida y, por lo tanto, aplicable al caso concreto o no cuenta para nada en la decisión, debiendo ser excluida, en casos de conflicto, la norma inválida. En cambio, los principios no determinan necesariamente la decisión, sino que proporcionan las razones para que se adopte una u otra decisión, en una dimensión de peso *-dimensión weight-* que las reglas no poseen, adoptándose la dimensión de mayor peso, sin que esto invalide el principio que no fue considerado¹⁷¹.

¹⁶⁹ ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1988, núm. 5, pág. 143.

¹⁷⁰ “Sistema jurídico ...”, cit., págs. 140 y 141.

¹⁷¹ ALEXY, R., “Sistema jurídico...”, cit., págs. 141 y 142.

Sin embargo, según ALEXY, los criterios de DWORKIN afectan a puntos importantes, pero no al núcleo, porque colisionan los principios -derecho fundamental a la vida y el principio del Estado de derecho, con la aplicación del derecho penal, en el caso de celebración de un juicio de un acusado con amenaza de infarto, por ejemplo-. Por esto, conceptúa los principios como “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”, que se constituyen en “mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”. Y este campo de posibilidades jurídicas está determinado a través de reglas y principios que juegan en sentido contrario¹⁷².

Por otro lado, las reglas, “son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente”, exigiendo únicamente una determinada medida de cumplimiento, lo que no ocurre con el principio que puede exigir la mayor medida posible de cumplimiento en el campo de las posibilidades¹⁷³.

Estos mandatos de optimización sobrepasan el mero aspecto metodológico para definir el propio derecho y caracterizar un sistema jurídico¹⁷⁴: *common law* o *civil law*, en caso de la oportunidad y legalidad. ¿O

¹⁷² “Sistema jurídico...”, cit., págs. 139, 142 y 143.

¹⁷³ ALEXY, R., “Sistema jurídico...”, cit., págs. 143 y 144.

¹⁷⁴ Según LUHMANN, N., *Op. cit.*, pág. 34, todo sistema tiene como característica importante la su complejidad, como la totalidad de las posibilidades que se distinguen para la vivencia real -complejidad del mundo-, y del propio sistema. Por sistema jurídico entendemos el

qué es mejor, la oportunidad o la legalidad? Siempre que dos principios colisionan, ocurre una colisión de valores y viceversa. La diferencia consiste en que en “la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor”, lo que evidencia una jerarquía de valores en la relación de prioridad entre los principios¹⁷⁵.

Vale destacar, como se hizo notar en los antecedentes históricos, principalmente del derecho de origen germánico, que la discusión acerca del binomio legalidad-oportunidad ha surgido porque la persecución, acusación y enjuiciamiento de todos los hechos noticiados, con apariencia de infracción criminal, imposibilitaría un enfrentamiento eficaz de la criminalidad más grave, desde el punto de vista de la *persecutio criminis* y del enjuiciamiento con resultado eficaz. En suma, una alternativa a la ineficacia estatal, aunque en casos excepcionales y determinados legalmente.

Específicamente sobre los principios procesales, DE LA OLIVA SANTOS ha señalado que representan los criterios en razón de su carácter propiamente originario o de virtualidad generadora de características intrínsecas o nucleares de los procesos, o elementos de veras originarios de lo esencial, de aquello que pertenece a la naturaleza de la cosa¹⁷⁶.

conjunto de reglas y de principios, cuyos elementos internos, aunque se diferencien, se unifican por los objetivos comunes.

¹⁷⁵ Vid. ALEXY, R., “Sistema jurídico...”, pág. 145. Hay que tener en cuenta que defiende que un sistema jurídico adecuado se compone de reglas, principios y de la argumentación jurídica, la cual dice cómo, sobre la base de reglas y de principios, es posible una decisión racionalmente fundamentada.

¹⁷⁶ *Derecho procesal penal...*, cit., págs. 7 y 38.

La eficacia del proceso no representa únicamente la aplicación del *ius puniendi*, o sea, una condena, con la consecuente aplicación de una sanción criminal, pero también, la protección de los derechos fundamentales, más precisamente del *status libertatis* del ciudadano, con aplicación de una sanción adecuada, volcada a las finalidades del proceso y de la propia pena. Dentro de este fenómeno se encuadra la dicotomía legalidad/oportunidad en el proceso penal.

Según DINAMARCO¹⁷⁷, la visión instrumental del proceso, con repudio al examen exclusivamente por el aspecto interno, constituye la apertura del sistema a la infiltración de los valores tutelados en el orden político-constitucional y jurídico-material. También, la instrumentalidad del proceso tiene dos aspectos. El negativo corresponde a la negación del proceso como valor en sí mismo y al exágero que el perfeccionamiento de la técnica puede llevar -instrumentalidad de las fórmulas-. El carácter positivo se caracteriza por la preocupación en extraerse del proceso el máximo provecho lo que dice respecto a la obtención de los resultados (objetivos del sistema) -efectividad del proceso-. Esta última concepción conlleva a la premisa de que el proceso debe estar apto para cumplir integralmente la función social, política y jurídica. La instrumentalidad del proceso penal, según BETTIOL¹⁷⁸, viene informado por la predisposición de llegar a la certeza de la infracción criminal, constatando una concreta situación de hecho y aplicar una sanción, pues las normas de derecho material no se realizan espontáneamente. El proceso es instrumento del derecho material y medio para llegarse al fin, representado por la paz jurídica. Esto no significa que no esté reconociendo la autonomía del derecho procesal con relación al derecho material. Es un instrumento al servicio de la libertad, antes de ser un instrumento de defensa de la sociedad.

¹⁷⁷ *A Instrumentalidade do processo*, Malheiros, São Paulo, 1999, págs. 311 y 319.

¹⁷⁸ *Op. cit.*, págs. 154 y 155.

En los sistemas europeos, como regla, en lo que atañe a la dicotomía legalidad/oportunidad, se puede constatar la introducción de mecanismos reguladores de un cierto poder de disposición -por ejemplo, el archivo del proceso en Alemania, la conformidad negociada en España, el *patteggiamento* en Italia, y la suspensión del proceso a prueba en Portugal-. Esto pone de relieve la tesis de que la actuación del acusador oficial, antes de más nada, debe ser transparente y previsible, en la búsqueda del equilibrio entre acción y flexibilización de su actuación obligatoria. No se puede olvidar que en un Estado de Derecho, como afirma JUNG, la decisión del Ministerio Fiscal únicamente encuentra justificación en la motivación legal¹⁷⁹.

La manifestación de la oportunidad, como principio o como reglamentación de la eficacia de cierto poder de disposición, en el proceso penal, puede ser analizada de diversas formas: del punto de vista del legislador, de la víctima, de los órganos encargados de la investigación preliminar, del autor del hecho criminal, del Ministerio Fiscal y del órgano judicial.

Sin embargo se hace necesario establecer su concepto, fundamento, finalidades y críticas, de una forma general, antes de adentrarse específicamente en el análisis de su manifestación. Las diferentes especies de mecanismos, reglados o no, presentan peculiaridades respecto del concepto, de la naturaleza jurídica, requisitos y efectos que merecen una consideración por separado.

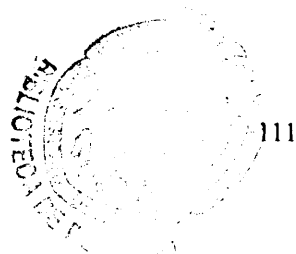
¹⁷⁹ “Le Ministère Public...”, cit., págs. 18 y 19.

A) Conceptos

No tenemos duda de que la concepción de principio de oportunidad tiene relación con la de legalidad, en su “contraposición teórica”¹⁸⁰. Nos adherimos a esta dimensión conceptual para afirmar que los conceptos de legalidad y de oportunidad son antitéticos, aunque pueda haber una autorización legal de una actuación con criterios de conveniencia.

Antes de ser delimitado el concepto, de forma genérica y estricta, se hace necesario analizar la actuación del legislador, de los sujetos procesales, de la víctima o sus representantes legales, del presunto culpable, del Juez y del Fiscal. También, hay que tener en cuenta que, desde una perspectiva procedimental, la oportunidad alcanza el inicio, desarrollo y término, tanto de la fase persecutoria, como del procedimiento jurisdiccional. Aunque no se puede olvidar que la oportunidad tiene relación directa con la deducción o no de la

¹⁸⁰ Conclusión de ROXIN, en ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 65. Vid., asimismo, ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado. (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, Colex, Madrid, 1997, pág. 131, cuando señala que la mera enunciación del principio de oportunidad o de consenso choca con el principio de legalidad. Por esto, hay que rechazarlo si su aplicación pudiera convertirse en vía fácil para la arbitrariedad. Sin embargo, admite que el principio de oportunidad se conecte con la ley; RUIZ VADILLO, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, 1987, núm. Especial II, pág. 58, cuando señala que legalidad y oportunidad no son siempre nociones opuestas y lo mismo cabe decir de oportunidad e imparcialidad. “El Ministerio Fiscal, modelado con la vista puesta en el proceso penal, prototipo de la aplicación del Derecho coercitivo necesario, no debe aventurarse en la apreciación de lo oportuno, pero tampoco debe oponer una cerrada resistencia a que la justicia pueda ser estimulada desde fuera con criterios de oportunidad razonables, siempre que lo que se estime oportuno sea a la vez estrictamente legal, o dicho de otro modo más general, conforme a Derecho y a la justicia”.



pretensión acusatoria y con la dimensión de la acusación, pues hay una calificación del elemento objetivo de la pretensión -el hecho-. En contrapartida, el acusado puede disponer, total o parcialmente del debido proceso legal, o más particularmente del derecho de defensa.

Es innegable la ocurrencia de negociaciones o promesas informales de la policía a los delincuentes, para que no sean perseguidos o procesados criminalmente, siempre que colaboren con el esclarecimiento de la autoría de ciertos hechos delictivos.

El legislador, dentro de su política criminal, tipifica determinados hechos como criminales -delitos o faltas- y establece la penalidad *in abstracto*, ordenándolos valorativamente. También informa cuáles son las justificativas o eximentes criminales. No deja de ser una manifestación genérica de discrecionalidad estatal en el campo del derecho material.

Está fijada la premisa de que el *ius puniendi* pertenece al Estado y que lo ejerce únicamente en un proceso conducido por un Juez estatal. Sin embargo, el propio Estado, al ejercer su función legislativa, puede establecer que determinados hechos, aunque tipificados como criminales, sean perseguibles y castigados si el interesado así lo desea. En este momento, el legislador actúa con un puro poder discrecional -política criminal-, afectando todo el sistema criminal.

Esta discrecionalidad puede extenderse también en el seno del proceso penal, respecto al reglamento de la oportunidad. El legislador, al establecer los supuestos de disponibilidad en la persecución, acusación, procedimiento y aplicación de las sanciones, emite un juicio de discrecionalidad criminal. Este juicio de oportunidad vinculará a todos los involucrados en el hecho criminal -autor del hecho, ofendido, Abogados, Fiscales y Jueces-. Aunque emitido en

determinado momento histórico, determinará los límites objetivos -cuándo es permitido- y subjetivos -quién puede actuar de este modo-.

En el procedimiento de creación de la norma legal también participan, como regla, formas de negociación y de consenso. Sin embargo, esto, diversamente de lo que ocurre en el consenso manifestado en la investigación criminal o en el proceso penal, es el resultado de la mayoría parlamentaria.

Dentro de una concepción más amplia del principio de oportunidad, se ha dicho que se manifiesta tanto en el Derecho Procesal Penal -conformidad-, como en el Derecho Penal. En éste, de forma directa -“delitos semipúblicos”-, “delitos privados”, en las querellas o denuncias del Ministerio Público, de los Abogados del Estado, de la Seguridad Social y de la Comunidad Autónoma o Corporación Local, y en el perdón del ofendido-, e indirecta -licencia, suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, sustitución de la pena privativa de libertad por limitativas de derechos, indulto, suspensión condicional al toxicómano, y en la posible rebaja de la pena a terroristas arrepentidos-¹⁸¹.

¹⁸¹ GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., págs. 110, 112 y 113, esclarece que un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad “cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento e incluso, una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreseimiento por razones de política criminal y, aun, cuando concurren los presupuestos de la apertura del juicio oral”. Reconoce que la oportunidad es pura cuando “las partes son absolutamente dueñas de provocar la finalización anormal del procedimiento («guilty-plea»)” o “bajo condición si el sobreseimiento permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones”. En esta línea más amplia, véase BACIGALUPO, E., “Descriminalización y prevención”, en *Poder Judicial*, 1987, núm. Especial II, pág. 14, cuando pone de manifiesto que por principio de oportunidad no debe entenderse exclusivamente una renuncia bajo ciertas

La víctima o el perjudicado por un hecho criminal pueden poner en conocimiento de la autoridad competente o no la *notitia criminis*. Cuando optan por no hacerlo, el Estado sólo moverá el aparato criminal si tuviera conocimiento, de otro modo, del hecho criminal. Además, a la víctima del delito o a su representante legal se les otorga el poder jurídico de disposición de deducir o no una pretensión acusatoria -"delitos privados"-, de satisfacer o no

condiciones a la acción penal por parte del Fiscal, sino, más bien, un tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo; BAUMANN, J., *Derecho...*, cit., pág. 43, pone de relieve que en los casos de acción penal privada, rige el "principio ampliado de oportunidad"; BERZOSA, V., "Principios del proceso", *Justicia*, 1992, III, pág. 590, sigue la línea de GIMENO SENDRA; y GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal* (con HERCE QUEMADA, V.), Madrid, 1987, pág. 73, pone de manifiesto que "cuando la ley penal, directa o indirectamente, condiciona la persecución del hecho punible a consideraciones de oportunidad, deja la apreciación de ésta al M.F., sino al propio gobierno o al particular ofendido por el delito". En contra, ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 209, para quien, quedan excluidos del principio de oportunidad la "práctica totalidad de los casos que se valoran por algunos autores como manifestaciones del repetido principio en nuestro ordenamiento procesal, lo que no opera, a mi parecer, en detrimento de su validez", pues referentes a sujetos privados y no dirigidos a ningún sujeto público (perdón del ofendido o delitos perseguibles previa denuncia o querella; por no compadecerse con el origen y significado que a través de la historia ha representado la variante procesal de la oportunidad, como ocurre en la amnistía, indulto y remisión condicional. Además sus contornos serían muy ambiguos, pudiendo incluso extenderse al resto de los instrumentos de derecho administrativo y civil utilizables al mismo fin, incluyéndolos en los denominados "criterios de oportunidad". También, CABAÑAS GARCÍA, J.C., "El proceso penal español...", cit., pág. 279, señala que la confesión en la legislación antidrogas o antiterrorista, para evitar un nuevo delito o la desarticulación de la banda, se diferencia fundamentalmente de los mecanismos de transacción procesal, en que no tienen como meta alcanzar la confesión de la persona, ya que ésta se convierte en realidad en un punto de partida para acceder al conocimiento de otros hechos que son los que interesan de manera primordial a la Ley"; Asimismo, MONTERO AROCA, J., *El derecho procesal en el siglo XX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 127, restringe el concepto de oportunidad al ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público.

los requisitos legales al ejercicio de la acción por parte del órgano acusador oficial -“delitos semipúblicos-, lo mismo de llevar o no al conocimiento de la autoridad encargada de la *persecutio criminis* la existencia del hecho. Sin *notitia criminis* o sin representación, el Estado no moverá el aparato criminal. Desde el punto de vista del legislador, se trata de una orientación de política criminal¹⁸², pero de la víctima o de sus representantes legales, de una manifestación de un juicio de oportunidad autorizado por la ley. Por esto, el tema de nuestra investigación no va a centrarse en estos supuestos, ni tampoco en las posibles manifestaciones que pueden ocurrir en los Códigos Penales -artículo 171.3 del Código Penal español, por ejemplo-.

Sin embargo, dejamos constancia de que ese poder jurídico de disposición encuentra justificación en la naturaleza de los hechos: menor entidad y efectos en la esfera privada de la víctima, en cuyo caso el proceso representaría una aflicción. El hecho de que la víctima o su representante legal no ejerzan la *noticia criminis*, no satisfagan la condición de procedibilidad del órgano acusador oficial o no deduzcan una pretensión propia, no elimina el interés público en el castigo. Tampoco el Estado está transfiriendo su *ius*

¹⁸² Por política criminal entendemos las directrices normativas o no del Estado, con la finalidad de reducir la criminalidad, tomadas en el ámbito administrativo -mecanismos de prevención y tratamiento resocializador, institucionales o no-, penal -tipificación, descriminalización y despenalización-, procesal -dependencia o no del órgano acusador, monopolio o no de la acción penal, formas de actuación del acusador oficial, por ejemplo-. Vid., asimismo, FIGUEIREDO DIAS, J., y COSTA ANDRADE, M., *Criminologia...*, cit., págs. 104-112, la relación entre la criminología y la política criminal; ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, Edersa, Madrid, 1973, págs. 3 y 4, que política criminal “es un sector objetivamente delimitado de la Política jurídica general: es la Política jurídica en el ámbito de la justicia criminal”, o la “obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal”, por lo tanto, un concepto empírico.

puniendi a un particular, sino que está condicionando su ejercicio a la manifestación volitiva del interesado¹⁸³.

En la doctrina alemana, HASSEMER señala que se está intentando introducir en Alemania la regulación sobre “testigos estelares” en delitos de terrorismo, con el sobreseimiento del proceso por el Fiscal General del Estado y/o por el Juez instructor del Tribunal Supremo Federal ante un sospechoso que lleve a cabo declaraciones importantes sobre el grupo terrorista. Ésta sería una variante del principio de oportunidad y una posibilidad de lucha efectiva contra

¹⁸³ Según ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 90, en estos delitos rigen el principio de oportunidad, por pura coherencia con su naturaleza y los principios que deben informar su persecución. Además, se encuentran informados, en su tratamiento procesal-penal, por un principio propio del proceso civil o del mismo proceso penal, cuando estaba regido por el principio acusatorio en su formulación más primitiva. Para GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, pág. 13, la existencia de infracciones cuya persecución requiere la previa interposición de una querrela criminal -“delitos privados”- o de una denuncia por el perjudicado, o su representante legal -“delitos semipúblicos”- no constituye excepción a la naturaleza pública del Derecho Penal, pues su fundamento es exclusivamente de política criminal no contradictoria con la pública potestad punitiva del Estado. En estos casos excepcionales de acondicionamiento a la previa iniciativa procesal ocurren porque no parece indicada una respuesta de oficio, mecánica, prescindiendo del interés real y efectivo del titular del bien jurídico. Esta opción político-criminal, según los casos, tiene una diferente justificación. “Así, puede suceder que la naturaleza personalísima del bien jurídico lesionado (honor), sugiera en principio que se condicione la puesta en marcha de la investigación procesal al hecho de que el titular del bien jurídico manifieste, al menos, su interés por la misma, o la exija, pues evidentemente no tiene sentido una tutela penal de oficio sin o contra la voluntad del sujeto pasivo (en estas infracciones). En otros casos, y respecto a bienes jurídicos muy sensibles (por ejemplo, la libertad sexual) se comprende que el Estado articule una protección penal a instancia de parte poniendo en manos del ofendido la posibilidad de renunciar a la misma sin necesidad de justiciar su legítima decisión (por ejemplo, si éste opta por evitar un procedimiento público, con los males y efectos colaterales que éste implica)”.

el terrorismo¹⁸⁴. Esta situación se encuentra dentro de una concepción muy amplia de “oportunidad reglada”.

Efectivamente, como informa DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, “el artículo 4 de la Ley de 9 de junio de 1989, modificada por la Ley de 16 de febrero de 1993, se prevé prescindir de la persecución penal, archivar el procedimiento, si se hubiere iniciado, o atenuar o prescindir de la pena. Tales disposiciones son aplicables a los delitos de terrorismo y conexos, siempre que la declaración del acto sirva para evitar la comisión de los hechos, o permita su aclaración o captura de los intervinientes en ellos”¹⁸⁵.

Además de la temeraria licitud probatoria, ésta sería una especie de “justicia premial”, de dudosa eficacia y éticamente reprobable, pues se estaría induciendo a un individuo, para beneficio propio, a hacer daño a otro individuo, a favor de la incapacidad estatal.

Los encargados de la investigación preliminar -policía, Ministerio Fiscal o Jueces-, aunque tengan el deber de averiguar la autoría y la materialidad de los hechos criminales, están sometidos a un cierto poder de disposición, ante los innumerables hechos criminales y de la gravedad de los mismos. El aparato estatal no tiene condiciones de investigar todos los hechos que le son sometidos a apreciación¹⁸⁶. El mayor o menor empleo de los juicios de oportunidad depende del sujeto encargado de la investigación preliminar.

¹⁸⁴ “La persecución penal...”, cit., pág. 10.

¹⁸⁵ “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”, en *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, 2000, núm. 0, pág. 186. Añade también el tratamiento de la Justicia premial en España e Italia.

¹⁸⁶ Se nos antoja que el Estado no tiene competencia para crear un complejo normativo suficiente para garantizar las conquistas ciudadanas y solucionar la permanente conflictividad social que se refleja en el sistema criminal.

El sujeto pasivo de la investigación o del proceso es el gran protagonista de la oportunidad en el proceso penal. La oportunidad no se manifiesta eficazmente en el proceso penal, sin la emisión volitiva del acusado, sea en los sistemas de oportunidad absoluta o cuando se regula los juicios de oportunidad. El acuerdo civil que prohíbe la incoación, la transacción penal, la suspensión del proceso, la suspensión de la ejecución de la pena, el libramiento condicional y la conformidad, no generan ningún efecto sin la aceptación del autor del hecho.

También, dentro de un concepto genérico de la oportunidad, algunos incluyen, la mediación penal que se realiza entre delincuentes y víctimas, principalmente en Francia e Inglaterra, como modalidad de una justicia penal consensual¹⁸⁷. Esta especie de desjudicialización fue desarrollada en los EEUU a fines de los años sesenta, como un nuevo programa de política criminal¹⁸⁸. No se puede negar que la mediación penal es una forma de pacificación entre el delincuente y la víctima o sus familiares, con el objetivo de prevenir nuevos hechos criminales. La justificación de política criminal se fundamenta en una técnica de control social, más precisamente de abandono de los instrumentos ordinarios del sistema penal, insertada dentro del contexto que facilite una resocialización participativa y de economía procesal¹⁸⁹.

En una concepción más estricta, se está ante un sistema que admite el principio de oportunidad si, “con independencia de la vinculación del tribunal

¹⁸⁷ Vid., al respecto, DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 666.

¹⁸⁸ Véase HERMANN, J., “Diversión and mediation”, en *Revue Internationale de Droit Penale*, 1993, vol. 54, pág. 1043.

¹⁸⁹ GREVI, V., “Déjudiciarisation...”, *cit.*, págs. 1017, 1034 y 1035. Aún, señala las dificultades y limitaciones de la desjudicialización, principalmente en Italia, pues rige, incluso en el ámbito constitucional (art. 112), la legalidad procesal y la obligatoriedad de la acción penal, lo que lleva a una tendencia restrictiva de los mecanismos de diversión.

al comportamiento de los acusadores, le es lícito al Fiscal no perseguir todos los hechos delictivos que conoce o si puede configurarlos prescindiendo de circunstancias fácticas relevantes jurídico-penalmente según las normas objetivas o si le cabe no atenerse a la legalidad para valorar jurídicamente esos hechos y solicitar la pena”¹⁹⁰. Un sistema jurídico penal se rige por el criterio de oportunidad cuando los encargados del *ius persequendi* pueden seleccionar los hechos que investigarán y también los posibles autores de los mismos, frente a una *notitia criminis*.

El criterio de oportunidad autoriza al acusador oficial a ejercitar o no la acción penal, a incluir todos los hechos con apariencia de delito o excluir algunos, a pedir la aplicación de todas las sanciones tipificadas o limitarlas, según le convenga. También, está autorizado a mantener o no la acusación en el desarrollo del proceso, pudiendo pedir la absolución o condena por un delito menos grave, cuando la prueba induce al contrario.

Aplicada una sanción criminal y no cumplida, la adopción de la oportunidad no implica necesariamente que el Ministerio Público iba a ejecutarla en toda su dimensión.

En esta misma línea, con fundamento en el artículo 9.1 de la Constitución Española, con la añadidura de otro sujeto procesal, del objeto y de la finalidad, se ha señalado que el principio de oportunidad se manifiesta en aquellos expedientes procesales en una triple perspectiva: subjetiva, lo que atañe al fiscal y al órgano jurisdiccional; objetiva, respecto del contenido de sus

¹⁹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., págs. 21 y 22; *Vid.*, asimismo, ARAGONESES ALONSO, P., *Curso...*, cit., pág. 118, que también conceptúa la oportunidad en el proceso penal, de forma estricta, o sea, cuando se deja “a juicio del Ministerio Público la persecución de los delitos”.

obligaciones esenciales en el proceso penal y teleológica, por estar dirigido a enervar las obligaciones advenedizas de la legalidad, o sea, de la investigación de todo hecho con apariencia delictiva, del ejercicio de la acción penal y de observación del desarrollo del proceso penal a tenor de la legalidad vigente. Esta preferencia por una definición más estricta, que respete al límite subjetivo señalado, puede, en lo restante, exigir la concurrencia o no de los aspectos objetivo y teleológico, siempre y cuando el punto de apoyo para la misma venga dado por el principio de legalidad, cuando, entonces, cualquier definición será correcta¹⁹¹.

En efecto, no existe acusación penal ni decisión penal fuera de un proceso criminal, conducido por un Juez estatal. Entonces, cualquier manifestación acusatoria o decisoria fuera de un proceso, no es una acusación o decisión criminal y, en este sentido, no puede haber manifestación de otro criterio que no sea el de necesidad. Así, la oportunidad es la antítesis de la legalidad procesal.

No podemos olvidar, como ya hemos subrayado, que estamos ante el principio de oportunidad, en su concepción estricta, cuando el órgano encargado de la acusación puede abstenerse de ejercitar la acción penal, o porque le parezca inoportuno, o contrario a la paz social o al fin del derecho

¹⁹¹ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 208-210, esclarece que el elemento subjetivo es consustancial al principio de oportunidad, el teleológico debe ponerse en relación con el principio de legalidad, en puridad de conceptos y, tanto el objetivo, como este último, sin ser esencia de la oportunidad, se incluyen en él desde una perspectiva de la obtención de una justicia más rápida. *Vid.*, asimismo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal", en *Poder Judicial*, 1989, núm. especial VI, págs. 20-22, que lo restringe al proceso penal y a la actuación del Ministerio Fiscal.

penal. En estos casos, el ejercicio de la acción penal sería facultativo¹⁹². Desde esta manera, a la existencia de los presupuestos necesarios se añadiría la conveniencia o una valoración subjetiva momentánea.

Así, la oportunidad en el proceso penal puede estar vinculada a la persecución, a la acusación, al desarrollo del procedimiento o a la aplicación de determinada sanción.

La oportunidad informa un ordenamiento procesal, cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento e, incluso, una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreseimiento por razones de política criminal y cuando concurren los presupuestos de la apertura del juicio oral¹⁹³.

Aceptando el principio de la investigación oficial combinado con el de la acusación formal, según BELING, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación, en los casos en que la Ley parece justificar una condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente. El principio de legalidad niega tal facultad

¹⁹² FLORIAN, E., *op. cit.*, pág. 181.

¹⁹³ GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 110, y en "Los procedimientos...", cit., pág. 359. Señala este autor que tanto el demandante, como el demandado pueden aportar los medios de prueba que juzguen conveniente a su derecho, dentro del sistema de la carga de la prueba. Esto no significa que en el derecho privado no haya normas obligatorias, donde el interés público predomina sobre los intereses meramente económicos o privados, como suele ocurrir en los procesos en que se discute la capacidad de las personas, el estado civil, etcétera. También hay que considerar que la situación presenta ciertas peculiaridades cuando el Ministerio Fiscal es parte.

a la autoridad encargada de la acusación, mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad, se la concede¹⁹⁴.

Los ciudadanos, tratándose de derechos disponibles, tienen la libertad de acudir o no a la jurisdicción estatal, de escoger cuál es la relación jurídica que será sometida al proceso, incluso delimitar su objeto. Poca eficacia tendría una demanda de indemnización contra un insolvente. El demandado, por otra parte, puede personarse o no en el proceso, puede contestar o no, y escoger la forma de respuesta, esto es, con excepciones o sin ellas. Es el principio dispositivo que hace que las partes escojan cuál es la mejor manera de defender sus derechos. Así, la autonomía de voluntad del demandado delimita el objeto del debate. Aún, las partes, en el ámbito privado pueden, si les conviene, poner fin a la controversia de diversas maneras: por autocomposición -renuncia, conciliación, transacción, allanamiento-, por heterocomposición -arbitraje, proceso-.

Situado el concepto genérico y el restrictivo de oportunidad, se hace necesario distinguir la oportunidad pura, o sea, cuando la disponibilidad no encuentra cualquier límite legal, de la denominada “oportunidad reglada”.

Estamos de acuerdo con DE LA OLIVA SANTOS, cuando señala que esta expresión no es correcta “porque no es la oportunidad, en sí misma, la que se somete a una regla: el juicio de oportunidad siempre consiste en decir lo que se considera oportuno, aunque no coincida con lo que, en principio, señala la norma legal. Lo que se regula es, pues, bien un cierto círculo o ámbito objetivo dentro del cual cabe que se formulen y sean eficaces los juicios de oportunidad”,

¹⁹⁴ *Op. cit.*, pág. 25.

o dicho de otra forma, “lo oportuno no está ni puede estar reglado”¹⁹⁵. Así, lo que puede estar reglado son ciertos requisitos necesarios para que el Fiscal o, eventualmente, el órgano jurisdiccional puedan regirse por criterios de oportunidad, así como el ámbito dentro del cual se puede operar con esos criterios¹⁹⁶.

No se trata aquí de saber cual de los dos principios es mejor: legalidad o oportunidad -cuestión de valoración-, sino de comprender lo que es debido en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil. En ambos sistemas, prima el principio de legalidad, del punto de vista lógico y axiológico, y no el de oportunidad, es decir, la estructura racional de los dos ordenamientos jurídicos, incluso con un fundamento constitucional, informa y determina que lo debido radica en la esfera de la legalidad y no en el ámbito de la oportunidad.

Esto no significa que no sea posible una reglamentación de ciertos juicios de oportunidad. No es la oportunidad que está siendo reglada, pues “lo oportuno no se regla”, sino justamente lo contrario, porque la oportunidad no es el principio rector. Lo que ocurre es una emisión de ciertos juicios de oportunidad, una cierta flexibilización o tolerancia del principio de legalidad, en hipótesis limitadas y debidamente previstas en una norma legal. A esta permisión legal de los juicios de oportunidad denominados de reglamentación de un juicio de oportunidad o de un cierto poder de disposición, y no de “oportunidad reglada”.

¹⁹⁵ *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 22. *Vid.*, asimismo, ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 211, para quien, la expresión “oportunidad reglada” además de su contradicción *in terminis*, es una importación del derecho administrativo.

¹⁹⁶ “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9885.

Si estuviéramos en el sistema donde prima el principio de oportunidad y ésta se limitaría, podríamos hablar de oportunidad reglada, como se verifica en Noruega y en los Países Bajos¹⁹⁷.

No se trata de una síntesis dialéctica de dos principios opuestos, sino de una actuación bajo el principio de legalidad, pero con un mayor ámbito de disponibilidad de actuación de los implicados en el fenómeno procesal de la criminalidad, o de un poder de disposición sobre la acción -provocar o no la actuación jurisdiccional-, respecto de la pretensión acusatoria -acusar o transigir sobre la extensión de la acusación-, sobre la defensa -utilizar todos los mecanismos o no-, y en lo que atañe al proceso -utilizar todo el cauce legal o terminarlo anticipadamente-.

El sistema instrumental criminal se rige por el principio de oportunidad pura cuando los encargados de la persecución de los hechos con apariencia de infracción criminal investigan o no, de acuerdo con criterios subjetivos; cuando el ejercicio o no de la pretensión criminal acusatoria, o bien su sostenimiento, puede quedarse en la esfera de conveniencia de sus titulares, aunque estén presentes los requisitos legales; cuando el órgano judicial puede decidir conforme su libre arbitrio, incluso sin fundamentar su decisión; y la defensa técnica no sea un derecho fundamental.

Todo esto, con o sin control jurisdiccional. Así, tomados los conceptos de legalidad y de oportunidad en su forma pura, no es posible una armonización entre ellos, pues se contradicen e informan actuaciones de la acusación, de la defensa y del órgano judicial, totalmente opuestas.

¹⁹⁷ Véase primera parte, capítulo II, número 1, letra D.

La dimensión de la oportunidad pura alcanza también la aplicación o no de la sanción penal prevista legalmente, correspondiente a los hechos descritos y probados. En síntesis, al contenido de la sentencia. Éste estaría condicionado al poder de disposición de las partes.

También, cuando al autor de un hecho con apariencia de infracción criminal se le da la disposición de renunciar al debido proceso legal, donde podría probar su inocencia, a la totalidad o parcialidad de los mecanismos de defensa, está presente la oportunidad.

Una concepción restrictiva de la oportunidad o de la reglamentación de un juicio de oportunidad se limitaría a la actividad del órgano acusador oficial y al órgano jurisdiccional, más precisamente al ejercicio de la acción penal y a la prestación jurisdiccional.

Por lo tanto, podemos definir el principio de oportunidad como la antítesis, la excepción del principio de legalidad, que permite a los encargados de la *persecutio criminis* y de la acusación, ejercerla o dejar de actuarla; que autoriza a los Jueces y Tribunales a juzgar sin fundamentar, dispensándose la defensa técnica, según criterios subjetivos de conveniencia. Por consiguiente, lo consideramos un principio, en su pureza, incompatible con el de legalidad.

Cuando el propio ordenamiento jurídico permite y regula un cierto poder de disposición, podemos afirmar que estamos ante una reglamentación de un juicio de oportunidad, aunque haya control jurisdiccional. En estos casos, no se está actuando conforme al principio de oportunidad -entendido que lo es únicamente, como principio, en su forma pura-, sino bajo el principio de

legalidad, que autoriza y disciplina una actuación con una cierta dosis de oportunidad¹⁹⁸.

En la reglamentación de un juicio de oportunidad o en la actuación legal con criterios de oportunidad, que viene a significar lo mismo, hay una limitación del poder de disposición de la acción, de la pretensión, del sostenimiento de la acusación, de la aplicación y ejecución de la sanción criminal. Por esto, no se puede decir que únicamente hay una contraposición entre obligatoriedad de la acusación y disponibilidad, o mitigada disponibilidad de la acción penal, de la deducción de una pretensión o de una acusación.

¿Y dónde se encuadra el consenso penal? Al género oportunidad hay que añadir las formas de consenso, las cuales pueden ser ilimitadas -*plea bargaining*-, o ocurrir una autorización legal para que tengan eficacia -España y Brasil-, con o sin control jurisdiccional -situaciones del derecho alemán-.

El origen de la palabra consenso está en *consensus*, término latino que significa acción o efecto de consentir, de dar el consentimiento. Así, el consenso presupone la existencia de más de una parte, en polos antagónicos, en

¹⁹⁸ Según CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de oportunidad reglada...", cit., págs. 290 y 291, "el principio de oportunidad se ha venido contraponiendo al de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio Público. En definitiva se trata de establecer si la autoridad encargada del ejercicio del «ius puniendi», en nombre del Estado, debe hacerlo en ciertos supuestos. Cuando estos supuestos vienen preestablecidos en la Ley, no sólo en la selección de los casos en que se puede hacerse uso de la oportunidad, sino en la fijación de las condiciones que deben darse para que tal uso sea legítimo e, incluso, en la determinación de los controles que de tal uso puedan realizarse para asegurar que se produce dentro de aquellos casos y cumpliendo tales condiciones, se habla de una «oportunidad reglada» o «normada». Cuando los casos y condiciones para decidir la abstención de la acusación se deja al arbitrio del

disenso¹⁹⁹, las cuales aceptan determinada solución con emisión volitiva en un mismo sentido, o de un “encuentro de voluntades”²⁰⁰.

En efecto, hay que tener en cuenta, como ha señalado SCHREIBER, que una decisión de consenso tendrá que emerger como resultado de una interpenetración de posiciones contrapuestas y, por esto, aceptable por los intervinientes. Y, cuando se posibilita una discusión del problema por medio del diálogo, se gana en información y se alargan los horizontes. Además, se aumenta la posibilidad de encontrar una decisión más acertada, susceptible de superar la situación real subyacente y aceptada, por el que cumplirá la sanción²⁰¹.

El consenso ocurre entre las dos partes: acusación y defensa. Esta solución consensual o negociada *-negotiatio-* puede avenir de la aceptación, pura y simple, de la proposición de un sujeto *-transacción criminal o determinadas formas de conformidad con la pena-*, o de una negociación preliminar *-terminación del procedimiento investigatorio, del proceso sin los efectos de una condena o conformidad con una pena modificada-*. Al órgano

Ministerio Público, nos encontramos ante una «oportunidad libre» al modo de «plea bargaining» del derecho norteamericano”.

¹⁹⁹ Según BRUNO, A., *Le figure del consenso. Soggetto morale e istituzioni politiche nella filosofia moderna*, Millela Editore, Lecce, 1989, pág. 5, en el contexto filosófico en que analiza *-sujeto moral e individuo titular de la ciudadanía-*, la palabra consenso tiene una acepción negativa, pues el consenso se constituye, probablemente, en una sociedad compleja, en un mínimo de racionalismo, donde se abre el campo a las diferencias y al disenso, más o menos latentes.

²⁰⁰ Véase CHIAVARIO, M., “La justice négociée: une problématique à construire”, en *Archives de Politique Criminelle*, 1993, núm. 15, pág. 28.

²⁰¹ COSTA ANDRADE, M., “Consenso...”, cit., pág. 336.

judicial, aunque participe activamente de la solución consensual, incumbe fallar respecto del consenso.

La paradoja no se limita a la posible convivencia de la legalidad y de la reglamentación de un juicio de oportunidad, sino que se extiende a la aceptación de una justicia de consenso en una sociedad donde el conflicto es la regla. Aún, va más allá, para admitir una justicia penal negociada con efectos ajenos a la sanción criminal tradicional (Derecho italiano -después de un cierto tiempo-, y brasileño).

Vale aclarar que consenso no significa imposición de la voluntad de un sujeto sobre otro, por ejemplo, del interés del fiscal en librarse del procedimiento de investigación o del Juez en terminar el proceso penal, contra la voluntad del inculpado, sino una discusión horizontal, no jerarquizada de la solución del problema criminal con más comunicación entre los sujetos procesales. Son inadmisibles los mecanismos de coacción para alcanzar el término del procedimiento o del proceso.

LUHMANN niega al consenso toda la relevancia procesal, pues entiende el proceso como un sistema de acción que tiene por función tomar las decisiones judiciales aceptables a los destinatarios, los cuales, por medio de un proceso de aprendizaje, reorientan sus expectativas, legitimando la decisión judicial. Por esto el consenso no representaría un fin para el proceso, pues su función no reside en la prevención de frustraciones, pero de imprimirles la forma definitiva de un resentimiento privado y difuso, no susceptible de convertirse en una institución. En síntesis, la función del proceso es la especialización del descontento, la pulverización y la absorción de las protestas. El consenso únicamente asumiría relevancia autónoma como “consenso fundamental”, generalizado y anterior a cada proceso en concreto, esto es, siempre que se oriente a la aceptación de las decisiones judiciales como vinculantes, como ocurre con las demás decisiones judiciales. Por otro lado, ROTTLEUTHNER, en la línea de la teoría de la acción comunicativa de

HABERMAS -diálogo de todos con todos, sin coerción, aunque advierta de que no es de esperar que un proceso judicial se ajuste a este modelo, pues está sujeto al juego de las partes, las cuales no tienen como objetivo la búsqueda de la verdad, sino de una decisión favorable. Asimismo, el Juez está compelido institucionalmente a sobreponer al fin de la averiguación de la verdad, la necesidad de dictar sentencias en plazos razonables-, defiende un modelo alternativo al proceso vigente, el cual se caracteriza por una intersubjetividad de las normas jurídicas, que se constituyen en un proceso asimétrico -distribución desigual de las oportunidades de comunicación por los diversos sujetos procesales- o patológico -rupturas de comunicación y adulteraciones de la interacción-. Este modelo alternativo sería un proceso concebido como acción comunicativa, sin coerción y abierto a la racionalidad. CALLIES apunta para la necesaria “estructura dialógica” de reconocimiento recíproco entre los sujetos del proceso, aunque no exenta de toda la represión y dominio²⁰².

Por tanto, la diferencia entre oportunidad y consenso está en que éste se perfecciona cuando ocurre una manifestación volitiva con el mismo sentido y finalidad, de las dos partes procesales -acusación y defensa-, mientras que la oportunidad puede ser únicamente del legislador, de la víctima o de sus representantes legales, del acusador o de la defensa.

Se ha señalado que este paradigma de consenso es más ingenuo, menos convincente y menos seguro en el plano de las garantías procesales, pues el reino del sentido común, tan evanescente como fácilmente manipulable con los actuales medios de creación de opinión, conducirá a resultados iusnaturalistas y de profunda inseguridad²⁰³.

²⁰² COSTA ANDRADE, M., “Consenso ...”, cit., págs. 326-329.

²⁰³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *La reforma del proceso penal*, (con CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PÉREZ MARIÑO, V., y VARELA CASTRO, L.), Tecnos, Madrid, 1990, pág. 96.

No se puede negar la realidad, pues los mecanismos de oportunidad están en los ordenamientos jurídicos, con tendencia a aumentar en la misma proporción de la dominación o influencia económica de los países que los potencian -principalmente los EEUU-. Sin embargo, esto no significa que nos debemos quedar paralizados ante esta influencia y aceptar inmovilizados la integridad de los institutos de los sistemas ajenos. Por lo tanto, hay que investigar cuál es el paradigma, clase o criterio de oportunidad jurídico y socialmente aceptable en determinado ordenamiento jurídico, precisamente, en el español y brasileño, objeto de nuestra investigación.

Considerando las múltiples modalidades de reglamentación de los juicios de oportunidad, centraremos la investigación en las manifestaciones estrictas, principalmente en el consenso, admisibles en los sistemas español y brasileño, sin dejar de mencionar las demás formas en el desarrollo de esta investigación. No se va a analizar específicamente los “delitos privados”, los “semipúblicos”, y otras especies de reglamentación de los juicios de oportunidad más amplias, ni tampoco determinadas manifestaciones insertadas en el Código Penal, porque, de una manera casi general, con algunas matizaciones, todos los ordenamientos jurídicos las acogen.

Así, los mecanismos específicos que analizaremos, en lo que atañe al Derecho español serán la conformidad y el reconocimiento de los hechos. En lo que al Derecho brasileño respecta, analizaremos el acuerdo civil impositivo de la acción penal, la transacción criminal y la suspensión condicional de proceso.

B) Fundamentos

No se puede negar las prácticas diferenciadas, no tradicionales, legalizadas o al margen de las normas de solución del fenómeno criminal, las cuales van desde el procedimiento de investigación, pasando por la terminación del proceso penal, culminando con los efectos de la sentencia. Ahora, hay que buscar los fundamentos del desarrollo del principio de oportunidad, y de la autorización legal para la emisión de juicios de oportunidad, consensuales o no, en sus múltiples facetas.

Las razones para la introducción de estos mecanismos en el proceso penal, en la actualidad, han de ser buscadas en los ámbitos sociológicos -estigmatización social del proceso, de una condena y del encarcelamiento, y en la resocialización mediante el cumplimiento voluntario de la sanción-, de política criminal -hipertrofia del Derecho Penal, incapacidad de sancionar todos los comportamientos criminales, y la protección a la persona de la víctima-, y jurídico -simplificación del procedimiento, interés en la verificación de la justicia material en contraste a un formalismo legal²⁰⁴, y en la orientación hacia las consecuencias jurídicas, o sea, en la efectividad en la aplicación del

²⁰⁴ Según ARAGONESES ALONSO, P., *Curso...*, cit., pág. 118, "el principio de oportunidad tiene un doble fundamento: por un lado, se parte de la idea de favorecer la influencia del Gobierno sobre la Justicia penal; pero, por otra parte, en el interés de la Justicia material en contra de un formalismo legal". Según GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., pág. 125, al enfoque que favorece un influjo político del gobierno sobre la justicia penal se opuso la tendencia del Estado de derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras que hoy día el principio de legalidad tiene que ceder a un principio de la oportunidad a favor de la justicia material.

derecho-²⁰⁵, tanto en el derecho penal material, como en el propio proceso penal.

Estas justificaciones pueden estar relacionadas con la naturaleza del hecho -nimiedad de la infracción-, con el autor del hecho -primariedad, antecedentes, edad, rehabilitación-, en la relación infractor-víctima -parentesco, reparación-, o en causas de interés general -función de la pena y del proceso penal²⁰⁶.

Como ha afirmado RIESS, ante la crisis del principio de legalidad, debido a la acusación de no servir a las tendencias actuales de no persecución de todo hecho delictivo, se hace necesario llevar en consideración los fines de política criminal derivados del derecho penal, en caso de conflicto entre elementos dispares como fines de prevención general y especial, quedando el principio de legalidad entre el punto de intersección del derecho procesal y del penal, llegando a servir de puente entre ambos, como en el caso de las excepciones a la obligación de acusar que admiten un trasfondo de una determinada política criminal dentro del derecho procesal²⁰⁷.

En la sociedad actual, marcada por la complejidad, “las regulaciones que se basan en un modelo de autoridad han perdido su legitimidad natural. El rechazo del Estado intervencionista es también el rechazo del exceso de reglamentación, que demanda, a su vez, una cierta forma de desregularización. Los lugares tradicionalmente jerárquicos como la escuela, la iglesia, el ejército o la policía han conocido estos últimos años replanteamientos que les han

²⁰⁵ HASSEMER, W., “La persecución penal...”, cit., pág. 9.

²⁰⁶ Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad...”, cit., págs. 26 y 27.

²⁰⁷ Véase ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 230, nota 736.

llevado a tener en cuenta nuevas formas de organización y de gestión”, como la noción de ciudadanía, de participación o de comunidad, a sugerir modificaciones en las políticas públicas e ideológicas²⁰⁸.

El principio de autoridad está bajo cuestionamiento y se muestra debilitado ante la falta de capacidad de control de las reacciones sociales, como la violencia, que sale del silencio doméstico para las escuelas y las calles. La crítica destructiva y sin respeto pone en cuestión la sanidad de las instituciones sociales y políticas.

La justicia penal se encuadra dentro de este contexto sociológico, que exige un tratamiento volcado a la participación ciudadana, más solidario, en la aceptación de una solución dialéctica, menos jerarquizada, menos formalizada, menos forzada, capaz de comunicarse con el inculcado y con la sociedad.

Las políticas criminales del Estado, esencialmente intervencionistas y criminalizadoras, que hacen creer a los ciudadanos que el crecimiento de la criminalidad debe ser combatido con la creación de nuevos tipos penales y con el aumento de las consecuencias jurídico-criminales, provocan una avalancha de crímenes -derecho penal como la única o primera *ratio*-. La ideología se basa en que el derecho criminal es la solución para todos los males sociales. Esta inflación de tipos penales aumenta el número de infracciones y, por consiguiente, los procedimientos de investigación y los procesos penales²⁰⁹.

La creciente demanda criminal, cuando no se hace acompañar de medidas de naturaleza procesal y de modernización de la administración de la

²⁰⁸ DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 663.

²⁰⁹ *Vid.* FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pág. 562.

justicia, provoca la crisis de la justicia²¹⁰ criminal, pues no produce una respuesta pronta y eficaz a la criminalidad. Es cuando los operadores jurídicos,

²¹⁰ Según GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., "Crisis de la justicia y reforma del proceso penal", en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 269-281, las dificultades en el cumplimiento de los fines que tiene atribuido el Poder Judicial, y en general la Administración de Justicia -significado de crisis de la justicia-, tiene las siguientes causas: el incremento cuantitativo de las infracciones criminales, que no es compensado con la creación de nuevos órganos judiciales; la variación cualitativa de las causas sometidas a los Juzgados y Tribunales, que se sitúan fuera de la tradicional: homicidio, lesiones, hurto, etc., lo que está exigiendo una preparación técnica de todos los operadores jurídicos, desde la policía hasta los Tribunales, pero sin suministro de medios técnicos destinados a ayudar -delitos ecológicos, monetarios, crimen organizado, etc.-; insuficiencia de medios personales -plantillas de Jueces y Magistrados y del personal judicial- y materiales -insuficiencia de fondos-; la inadecuada distribución geográfica de los órganos judiciales; la anquilosada estructura de la oficina judicial; un derecho penal sustantivo que responde a los criterios del pasado siglo; inadecuación e ineficiencia de las leyes procesales. *Vid.*, asimismo, AUGER LIÑÁN, C., "El principio de oportunidad reglada", en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 280 y 281, cuando señala, en la línea de la crisis de la justicia, que la Justicia Penal está "sucumbiendo por el peso de una carga de trabajo que se sabe imposible de asumir"; BERNAL MARTÍNEZ, A.J., "La reforma de la justicia penal: los principios, las estructuras, el hombre", en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 529, cuando pone de relieve que la caótica situación de la Administración de la justicia en el campo penal pasa por soluciones de principios -acusatorio, formal o puro, estructura procedimental, principalmente de la instrucción sumarial-; estructurales -metodología de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal-, y respecto al propio hombre -sobre todo a la figura del Juez-, "como elemento realizador del proceso y donador y receptor de la justicia que se imparta"; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., "Crisis de la justicia y reforma del proceso penal", en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 297-308; MORENO CATENA, V., "La justicia penal y su reforma", en *Justicia*, 1988, II, págs. 314 y 315, al proponer dos soluciones para enfrentar la crisis de la Justicia Penal: la investigación de los delitos por el Ministerio Fiscal, la despenalización, la adopción del principio de oportunidad y del procedimiento monitorio, con

ante esta situación insoportable, se lanzan a prácticas no regladas de solución de los procedimientos investigatorios o de los procesos penales, eligiendo prioridades.

En el ámbito del derecho penal sancionador se observa la ineficacia de la sanción privativa de libertad y de las consecuencias de la sanción penal -antecedentes, reincidencia, por ejemplo-. La eficacia es más negativa que positiva, por falta de políticas integradoras. Por esto, las soluciones se encaminan a la aplicación de una sanción alternativa, capaz de mantener la protección penal de la sociedad, con menos daños al individuo -contenido mínimo de la sanción criminal-.

El principio del derecho penal mínimo tiene una doble acepción. Desde el punto de vista de la criminalización, significa que la creación de nuevos tipos penales o la aplicación de los existentes se justifica cuando las soluciones de derecho civil, administrativo o disciplinario no se muestren suficientes y necesarias a la protección del ciudadano y de la sociedad. En la perspectiva de la sanción, significa la búsqueda de su aplicación, entre las diversas posibilidades, de la menos gravosa al individuo, la aplicación del mínimo necesario a la reprobación jurídica. También, hay que diferenciar políticas asistenciales de políticas integradoras. Las primeras se limitan a la protección social, psicológica y

una estructuración de la Justicia; RUIZ VADILLO, E., "Crisis de la justicia y reforma del proceso penal", en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 309-333; y VÁZQUEZ SOTELO, J.L., "Crisis de la justicia y reforma del proceso penal", en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 335-399, cuando pone de manifiesto los tres elementos necesarios para el funcionamiento de la justicia: el material -dotación presupuestaria-, el humano -selección, preparación y formación de todos los operadores jurídicos-, y el normativo -adecuación legal-, llamando la atención al fenómeno del "maxiproceso", donde se mezclan varios hechos y varios acusados en un mismo proceso.

jurídica de los penados, mientras que las integradoras tienen por finalidad la reinserción social del penado con empleo de métodos educativos y laborales. La opción de política-penitenciaria, como regla, se encamina a soluciones de menos costos económicos.

El Derecho Penal intervencionista y expansionista es puesto en tela de juicio en el doble plano de la legitimidad y de la eficacia, es decir, tanto en el plano moral de la adhesión a los valores y a los intereses impuestos por la norma como en el plano operativo de su ejecución²¹¹.

En el ámbito del proceso penal, la formalidad de los procedimientos, concebidos dentro de una acepción jerarquizada, donde el órgano juzgador ocupa el ápice de la pirámide o el centro de la esfera, imponiendo su decisión con poca participación personal del inculpado, se busca una mayor flexibilización y soluciones alternativas. Así, surgen las posibilidades de la defensa de elegir una u otra forma de procedimiento criminal, de aceptar determinadas medidas criminales con efectos menos dañosos que una sentencia de condena, de acelerar los procedimientos destinados a la pequeña y mediana criminalidad, con una mayor preocupación con la víctima del delito.

Ahora, analizaremos los principales fundamentos que la doctrina señala a la legalización de juicios de oportunidad, incluso la modalidad de consenso.

²¹¹ DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 664.

a) Evita el estigma del proceso, de la condena y de la prisión

Para determinados acusados, el hecho de responder a un proceso criminal, de ser objeto de investigación, de comparecer en juicios, es más gravoso que la aplicación de una sanción, como ocurre con los acusados de un delito cuya sanción final es una multa.

Siempre que se pudiera alcanzar el término del proceso, con manutención de sus fines, se estará evitando las consecuencias dañosas de la duración excesiva del proceso, que representa una carga al acusado, desde el punto de vista psíquico, familiar y laboral. La formalización de una acusación, como ha afirmado COSTA ANDRADE, puede desarrollar un proceso irreversible de estigmatización y de manipulación y adulteración de la identidad y de la imagen del imputado²¹².

El criterio de la aceleración procesal puede ser extraído del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que toda persona, además del derecho de ser oída en un juicio público, por un tribunal independiente e imparcial, tiene el derecho a que su causa sea resuelta dentro de un plazo razonable.

Este derecho no significa la prohibición de que el acusado use todos los medios legales para que la duración del proceso le beneficie, como ocurre cuando la probabilidad de una sentencia de condena es casi cierta y la única salida razonable es la extinción de la punibilidad a través de la prescripción.

²¹² “Consenso ...”, cit., pág. 337.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la estigmatización también puede avenir de la información al público de la existencia de un proceso, y de la distorsión de los hechos en el momento de su publicidad. Por esto, defendemos la tesis de la manutención del secreto externo -divulgación a los medios de comunicación o a terceras personas ajenas al problema concreto-, pero no el interno -acusado y defensor-.

Este efecto estigmatizante pasa de la persona del acusado y alcanza, incluso, a los testigos que, como regla, son compelidos a declarar más de una vez sobre el mismo hecho. Aún, están sujetos a las contradicciones naturales avenidas del tiempo y de la manera de inquisición, además de la amenaza de las sanciones por falsedad.

La aplicación de la legalización de los juicios de oportunidad puede contribuir también al acortamiento de los cauces procedimentales para llegar a una solución anticipada del proceso penal. No sólo se ahorra tiempo y trabajo -esto representaría una solución utilitaria-, sino que se aplica una medida criminal que incidiría tras el cauce normal del proceso, evitándose los efectos dañosos de estar soportando un proceso criminal con una solución imprevisible.

Abogamos que este acortamiento, con la aceptación de ciertas medidas criminales anticipadamente, sea acompañado de ventajas al acusado -retirada de algunos efectos de una condena; suspensión del proceso con su archivo siempre que estén cumplidas las condiciones, sin que esto represente una condena; retirada de los efectos de la reincidencia, por ejemplo-.

Para determinados autores de delitos, la aplicación de una sanción criminal representa pura venganza, una retribución jurídica, pues la pena no puede educar a quien ya lo es, no consigue resocializar a quien no está vinculado en la actividad normal de la comunidad donde vive. Por esto,

cuando tienen conocimiento de la práctica de un hecho criminal, aceptan la sanción o determinadas condiciones, terminando ya el proceso. Lo que hay que evitar es la aplicación de los mecanismos alternativos únicamente a determinadas clases sociales, pues afectaría el principio de igualdad y aumentaría el descrédito en la Justicia Criminal.

Cuando la finalidad de resocialización o de reeducación de la aplicación de la sanción penal es inútil o innecesaria ante la situación particular del imputado, se podría prescindir de la investigación total o del seguimiento de todo el cauce procesal.

Uno de los objetivos de la adopción de los mecanismos de consenso es evitar los efectos dañosos de una condena, o sea, el estigma de condenado, el etiquetamiento. Por esto, en la suspensión del juicio a prueba, cumplidas las condiciones, se archiva el proceso. Con relación al acuerdo criminal, los sistemas jurídicos dan distintos tratamientos a sus efectos: en Portugal, España y EEUU, el acuerdo criminal, o la conformidad con la pena, tiene los mismos efectos de una sentencia de condena; en Italia, con una cierta matización, y Brasil, el acuerdo criminal no genera efectos civiles, y ni los específicos de una sentencia de condena. Además, en Francia, en los delitos de menor entidad, cuando la víctima no muestra interés en la reparación del daño, el *parquet* puede archivar el expediente, sin dar inicio a las investigaciones²¹³.

²¹³ Según VITU, A., "Los rasgos característicos del procedimiento penal francés", en *Justicia*, 1989, III, pág. 448, añade que la víctima juega un papel importante en la fase de preparación del proceso penal, pues tiene derecho a unirse a la acusación formulada por el Ministerio Fiscal ante el Juez de Instrucción. Además, puede constituirse en parte civil, con el objetivo de reclamar la indemnización de los daños. También, puede tomar la iniciativa de constituirse en parte civil, sin esperar que el Fiscal actúe, cuyo reflejo es la promoción automática de la acción pública acusatoria y la civil de resarcimiento, supliendo la inercia oficial. Asimismo, en la fase de instrucción, puede aportar pruebas, tiene el derecho a ser asistida por abogado, el cual deberá ser informado de todos los actos procesales.

No sólo la aplicación de una sanción criminal, con el encarcelamiento, pago de una multa, prestación de servicios comunitarios o limitación de derechos afectan al condenado. La condena conlleva otras consecuencias que también alcanza directamente su condición de ciudadano, extendiéndose para toda su familia. La mancha de condenado lo estigmatiza socialmente, lo perjudica, por más simple que sea el hecho criminal que haya realizado. Este fundamento está insertado dentro de la denominada función resocializadora de la pena.

Fue en la Edad Moderna, con el aumento de los núcleos urbanos, con el crecimiento de la miseria, del desempleo, que la privación de la libertad pasó a tener un contenido de sanción penal. Esto ocurrió porque las sanciones que eran aplicadas no garantizaban más la seguridad social. Antes, la cárcel servía para custodiar los delincuentes hasta la aplicación de la pena.

Observándose los efectos de la privación de libertad, se puede decir que la pena privativa de libertad no ha demostrado eficacia en el combate de la criminalidad ni en la prevención general o especial. Representa, en la práctica, únicamente un castigo. Además, continua siendo un medio violento de respuesta criminal. Un acuerdo intersubjetivo entre los sujetos directamente alcanzados por el hecho, con la fiscalización del detentor del *ius puniendi*, disminuye la violencia de la pena privativa de libertad.

Es cierto que la aplicación de la pena privativa de libertad puede ser evitada por medio de una política de destipificación de los hechos menos graves; que los efectos del encarcelamiento pueden ser disminuidos a través de la reducción de la pena o de la sustitución de la misma por medidas alternativas, o por la suspensión de su cumplimiento. Sin embargo, hasta llegarse a una sentencia criminal, un largo y penoso camino es recorrido por el

acusado. Todas estas etapas pueden ser abreviadas, con menos gravámenes para el imputado. El consenso es una de las vías posibles. Incluso, el incumplimiento de la pena alternativa haría con que se volviese al *status quo ante*.

La aplicación y ejecución de la pena privativa de libertad puede ser evitada a través de medidas de derecho material o de derecho procesal. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es un instituto aplicado por innumerables sistemas jurídicos. La transacción criminal y la suspensión del juicio a prueba, también son medidas procesales adecuadas para esto.

La aplicación de una pena privativa de la libertad de una persona que estuvo por años respondiendo a un proceso en libertad puede tener efectos devastadores, no sólo sobre su persona, sino extensivos a su familia y a su trabajo.

Asimismo, cuando no hay otra alternativa disponible que no sea el recogimiento a la cárcel, la utilización de los juicios de oportunidad permitidos ofrece una alternativa que es la negociación de una pena de corta duración, cuyos efectos maléficos quedarían reducidos, sin el abandono de los fundamentos resocializadores de la aplicación de la pena²¹⁴.

²¹⁴ Estas finalidades cumplen también los institutos de la *plea bargaining*, del *patteggiamento* italiano y de la transacción criminal brasileña.

b) Protección procesal de la víctima

Los ordenamientos jurídicos, tradicionalmente tienen la preocupación de los destinos de los acusados. Las víctimas, como regla²¹⁵, se quedan en un plan secundario, sin una protección del aparato estatal, prácticamente neutralizada, por el sistema -Derecho Penal y Procesal-, recorriendo un verdadero *via crucis* dentro del proceso penal.

Las víctimas sufren con las conductas de los delincuentes, con la omisión del Estado y con el retraso procesal, aumentando el sentimiento de impunidad y de descrédito. Los daños no se restringen a la esfera física, sino que se extienden a la parte psíquica, social y económica²¹⁶. Como regla, las

²¹⁵ Según BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 229, en países como Inglaterra, País de Gales, Escocia, Bélgica y Noruega, se adoptan criterios de reparación de las víctimas, “como la necesidad de que se renuncie por el imputado al cuerpo de delito, el pago al Estado de beneficios que se obtengan mediante la realización del hecho, y juega en aquellos casos en que se pone de manifiesto la edad avanzada o enfermedad del imputado”. *Vid.*, asimismo, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., “Nuevas perspectivas sobre la situación jurídica penal y procesal de la víctima”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, 1989, pág. 170, sobre la situación de la víctima en la República Federal Alemana, principalmente en la obtención de reparación del autor, de protección en la prestación de las declaraciones, al derecho a un abogado, a ser informada de la acusación, y en Italia, la posibilidad que tiene de aportar pruebas, de constituirse como parte civil, con derecho a un abogado y a comunicaciones del Ministerio Público y del Juez; y ARAGONESES MARTÍNEZ, S., “Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, núm. 2, págs. 433-439, sobre las medidas de protección a las víctimas.

²¹⁶ Según FAIRÉN GUILLÉN, V., “Tendencias actuales del derecho procesal penal” en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional III*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 27 y 28, la obligación del Estado de pagar indemnizaciones a las víctimas de los delitos surge como

víctimas tienen interés en la reparación de los daños y no con el destino penal del autor del hecho. La función del Juez es de conducir el proceso de tal forma que la víctima no sea colocada en lugar del acusado, o sea únicamente un testigo más.

En efecto, la mayoría de los delitos causan un daño directo al ofendido, en la razón del acto criminal, y otro a la sociedad. La función del derecho procesal penal no es sólo la protección de la sociedad y del acusado, sino también de las víctimas. Esto se alcanza, además del establecimiento legal de formas de indemnización, con la deducción de una pretensión de naturaleza patrimonial, o bien con el establecimiento de mecanismos de consenso.

El consenso influye en la participación de las víctimas en el proceso penal, posibilitándose el acuerdo respecto de los daños y la prohibición de la incoación penal. Según la Recomendación (87)18, del Consejo de Europa, la víctima deber ser debidamente indemnizada.

reacción lógica ante la insuficiencia de los mecanismos existentes a favor de ellas. Sin embargo, en pág. 89 advierte que la introducción del modelo americano puede representar un comienzo de un *iter* del abandono de las víctimas. *Vid.*, asimismo, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., "Nuevas perspectivas...", cit., págs. 159, 161-167, cuando añade que la Recomendación R(85) del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el Convenio 116 del Consejo de Europa sobre Indemnización a Víctimas de Delitos Violentos, de 24 de noviembre de 1983, además de recomendar que se examinen las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y de conciliación, señala las medidas que serían adoptadas en el ámbito policial, de la persecución, de la toma de declaraciones, de las audiencias, de la primacía de la ejecución reparadora a la víctima sobre la multa al delincuente, protegiéndose su privacidad y su integridad contra la delincuencia organizada; las conclusiones del VII Congreso de las Naciones Unidas para Prevención de la Criminalidad y Tratamiento a los Autores del Delito, potencian un tratamiento justo a las víctimas, con la reparación, indemnización, y amplia asistencia.

Un modelo integrador, según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, responde mejor a las necesidades de la víctima, devolviéndole un rol activo y dinámico. El modelo convencional, por el contrario, la dosifica e instrumentaliza, al convertirla en mero objeto pasivo y fungible del proceso. “Conciliación y mediación evitan, pues, la perniciosa victimización secundaria, e impulsan la efectiva reparación del daño y la justa satisfacción a la víctima -no necesariamente en forma pecuniaria-, mejora las actitudes de esta última respecto a su infractor y al sistema legal”²¹⁷.

En España, el derecho a la tutela procesal penal de la víctima puede ser encuadrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que proclama que todas las personas tienen derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. Además, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, y el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, ofrecen protección a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual²¹⁸.

La conformidad española, como ha puesto de manifiesto GIMENO SENDRA, se convierte también en un estímulo a la pronta reparación de la víctima, ya que, en la práctica, si el acusado desea evitar el juicio, está interesado en reparar puntualmente al perjudicado a fin de que éste no

²¹⁷ *Op. cit.*, pág. 18.

²¹⁸ La Exposición de Motivos de esta Ley ha puesto de relieve que, en muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte, tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etcétera, producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito.

comparezca en el proceso y solicite una pena superior a seis años, en cuyo caso la conformidad no sería procedente, debiéndose abrir el juicio oral”²¹⁹.

Una visión parcial de la necesidad de protección de las víctimas en el proceso penal pugna únicamente a su participación como parte acusadora o titular de una pretensión de naturaleza patrimonial. Mientras tanto, la necesidad de una reparación en el ámbito de una satisfacción humanitaria, en el seno del proceso, como es el establecimiento de mecanismos de comunicación interna entre el autor y la víctima, no desvirtuará la finalidad del proceso, y tampoco la protección del interés público.

Responde a este fundamento, en el sistema alemán, según HASSEMER²²⁰, la punición de determinadas especies de chantaje (§§ 154, C, 240, y 253 StBG). Se posibilita que la víctima de la coacción confiese el delito o indique quien lo haya practicado, recibiendo, en cambio, el archivo del procedimiento persecutorio. También, juristas alemanes, austriacos y suizos han elaborado el *Alternativ-Entwurfs Wiedergutmachung*, o sea, el Proyecto Alternativo de la Reparación, en el que se propone la reparación a la víctima como una tercera sanción autónoma, complementaria o subsidiaria a la pena y la medida, superando los estrechos márgenes de la tradicional compensación jurídico-civil de los daños²²¹. En esta misma línea se encuentra el derecho español, al referir que si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo amenaza de revelar o difundir algún hecho delictivo, el Ministerio Fiscal

²¹⁹ “La nueva regulación de la conformidad (ley orgánica 7/1988)”, en *La Ley*, 1990, núm. 3, pág. 978.

²²⁰ “La persecución penal...”, cit., pág. 9.

²²¹ SANTANA VEGA, D.V., “Principio de oportunidad y sistema penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, Tomo XLVII, pág. 118.

podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado (arts. 171.2, y 171.3 CP).

c) Tratamiento procesal diferenciado a la criminalidad de menor entidad

Todo el sistema criminal, desde el punto de vista de los sujetos -legislador, policía, investigadores, acusadores y juzgadores-, de sus actividades y del objeto -especies de infracción- constituye un “aparato seleccionador”. La capacidad de funcionamiento de la Justicia criminal es limitada. El aumento de la demanda criminal y el funcionamiento deficitario del sistema, encuentra en la selección criminal una forma, aunque utilitaria, de amenizar el problema. Según Julio MAIER, la aplicación de criterios de oportunidad ha permitido conducir la selección de casos, que de todas maneras efectúa el sistema, según orientaciones político-criminales²²².

Se nota una creciente demanda criminal, tanto cuantitativa como cualitativa, y una falta de capacidad de perseguir, acusar y dar una solución final pronta y eficaz a todos los hechos delictivos. Esta criminalidad puede ser dividida en pequeña, mediana y grave, de acuerdo con la valoración hecha en el proceso de tipificación criminal, conforme a la extensión de la lesión al bien jurídico protegido -valoración por los operadores jurídicos- o de acuerdo con la reprochabilidad que merece el agente.

²²² “La reforma del proceso penal”, en *XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 1746.

La creciente demanda criminal es fruto de la propia complejidad de la sociedad actual. Esa misma complejidad permite la adopción de la tesis de HABERMAS de que la autonomía del sistema jurídico no puede significar una desconexión total entre derecho, moral y política, guardados los debidos límites. Así, sólo una conciencia ligada a normas ancladas en la moral hace posible la transformación del poder fáctico en normativo, y únicamente cuando se dispone de un poder legítimo es posible imponer políticamente normas jurídicas²²³.

Como ha señalado DE LA OLIVA SANTOS, “la maquinaria de la Justicia penal ha sido sorprendida, en el denominado mundo civilizado, por un desbordante aluvión de criminalidad. Y, con el ejemplo del pragmatismo estadounidense, en Europa se han diseñado unos a modo de mecanismos complementarios de la Justicia penal, como aliviaderos laterales para reducir el caudal procesable mediante aquella maquinaria. Las alternativas al combate procesal en plenitud han tomado en consideración, sobre todo, la criminalidad menor o de bagatela y, así, se han abierto algunos cauces legales a una limitada negociación de penas y sanciones”²²⁴.

²²³ HABERMAS, J., “¿Cómo es posible...”, cit., págs. 21, 27, 28 y 39.

²²⁴ En “Prólogo” del libro de AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso*, Cedes, Barcelona, 1998, pág. 7. Según HASSEMER, W., “Rasgos y crisis...” cit., págs. 244 y 246, sería impensable la resolución de los casos planteados por el derecho material alemán sin el principio de oportunidad, que se constituye en una resignación impuesta por las necesidades del Derecho Penal moderno, y no una verdadera opción, pues se choca con los principios liberales procesales. Añade que los *deficit* procesales son un problema estructural en Alemania, y la utilización intensiva de los instrumentos penales no puede solucionarlos, sino agudizarlos. Son un problema cuantitativo e insuperable, que está conduciendo el Derecho Penal a una función simbólica, que puede aparentar la solución de los problemas, pero, a largo plazo, destructiva y sin función real. La forma encontrada por el derecho procesal para reaccionar ante al aumento de la capacidad del derecho penal fue la entrada del principio de oportunidad. Según PALIERO, C.E., «*Minima non curat praetor*», *ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, págs. 23-77, las causas de la verdadera inflación penal son: a) estructurales -complejidad social-; b) institucionales -dimensión solidaria del Estado social y

El aumento de la demanda criminal, o con la carencia de medios materiales y humanos para enfrentarla produce un caos en la administración de justicia y el nacimiento de fórmulas procesales no siempre adecuadas para solucionar los asuntos criminales.

El problema de la criminalidad de bagatela adquiere un significado práctico inmediato, como ha señalado BACIGALUPO, pues aparece, dado su carácter reconocidamente masivo, como una amenaza para el funcionamiento de un sistema penal seriamente abrumado por el aumento constante de sus intervenciones²²⁵.

Observamos un antagonismo dentro del fenómeno de la criminalidad. De un lado está la criminalidad organizada, casi profesionalizada que, incluso, además del alto *periculum* social, alcanza las instituciones del Estado. Esta especie de criminalidad varia en calidad y cantidad, de Estado a Estado, aunque, genéricamente se puede incluir las bandas armadas, el terrorismo, el narcotráfico, el blanqueo de dinero. Por otro lado, la criminalidad de masa, de menor entidad o de bagatela, fruto de la masificación y desnivel social, y de la incitación constante al consumo, que no llega a colocar en peligro la supervivencia social e institucional. Son los dos extremos de la misma herradura, sobre los cuales se debaten la búsqueda de soluciones. En el centro de esta herradura está la criminalidad tradicional, ya trabajada, desde todos los puntos de vista, en menor o mayor grado, por las diversas ramas del conocimiento.

Los protagonistas de la criminalidad de mayor entidad, como regla, no desean cualquier especie de diálogo, y mucho menos que sea llevado a cabo en

extensión de la tutela penal-; y c) histórica -primera guerra mundial y el derecho penal económico-.

²²⁵ “Descriminalización...”, cit., pág. 12.

el seno del proceso; se niegan a colaborar en la solución procesal. A estos sujetos, no se les presenta una alternativa de tratamiento procesal, a no ser el jerarquizado y coactivo. De otra parte, los agentes de la criminalidad de menor entidad, como regla, ingresan en el sistema criminal dispuestos a colaborar, incluso confiesan la infracción. Estos están dispuestos al diálogo, quieren una solución pronta, pues no tienen interés en la prolongación del proceso y en la utilización de todo el cauce legal. Aquí es posible un ambiente de comunicación entre los sujetos procesales, de pacificación y de aprendizaje del delincuente, por medio del proceso.

Estas zonas diferenciadas del fenómeno criminal merecen un tratamiento diferenciado, proporcional. Por esto entendemos posible la utilización de métodos de consenso para resolver el proceso criminal, principalmente de la criminalidad de bagatela. Posible porque depende fundamentalmente del sujeto pasivo del proceso, de la voluntad de interacción y de la participación en la solución procesal, además de la previsión legal. La reordenación legal es necesaria, pero no suficiente, constituyendo únicamente un punto de partida.

Hay que tener en cuenta, además de la reprochabilidad ya indicada por el legislador en la sanción típica, que el mismo tipo penal puede incidir en situaciones en que la lesión al bien jurídico sea distinto, pues las normas criminales contienen disposiciones genéricas y abstractas, dirigidas a todos los infractores de una determinada conducta prohibida. Por lo tanto, la concreción del supuesto típico también puede convertirse en una consecuencia de poca extensión -atenuantes, eximentes incompletas, por ejemplo-.

Por esto, distinguimos, en el tipo penal, una doble protección: evitar la lesión a un determinado bien jurídico, y la necesidad de tutelarlos²²⁶. Estos dos supuestos están presentes, aunque de forma abstracta, en el proceso de tipificación. Ocurre que, en el momento en que la conducta se concretiza, la ofensa a un bien jurídico, abstractamente considerada, puede no concretizarse debido a su escasa o ínfima dignidad -incluso menos grave que una infracción administrativa-, careciendo de necesidad de tutela penal. Aún, en determinados supuestos, la lesión al bien jurídico, no siendo grave -mediana-, no necesita de una tutela penal con la misma eficacia a la aplicada a la criminalidad de mayor entidad -proporcionalidad-.

En el párrafo 42 del Código Penal austríaco está previsto un auténtico principio de bagatela, relativo a la falta de dignidad penal de la infracción -*mangelnde Strafwürdigkeit*-, convertido en un elemento sistemático de la propia infracción, utilizable como criterio de interpretación. Se trata de uno de los raros casos en que la categoría de dignidad penal deja de ser un principio exclusivo del legislador para tornarse en un principio de interpretación²²⁷. Quizás este sea el punto óptimo de un tratamiento diferenciado a la criminalidad de bagatela, pero, no es ésta la situación del derecho español y brasileño.

Este tratamiento penal y procesal diferenciado no hace desaparecer la tipicidad o la necesidad de tutelar el bien jurídico, determinados por el interés público, ni tampoco se está negando la incidencia del *ius puniendi* del Estado.

²²⁶ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de oportunidad reglada...", cit., pág. 295, cuando habla de un doble acondicionamiento del bien jurídico: merecimiento de tutela penal y necesidad de tutela penal.

²²⁷ PALIERO, C.E., *op. cit.*, págs. 423-430.

La pequeña y mediana criminalidad no pueden recibir el mismo tratamiento de la criminalidad más grave²²⁸, también en términos procesales, como ocurre en el ámbito del derecho sustancial, en consonancia con el principio de proporcionalidad²²⁹. Los mecanismos procesales también pueden contribuir al descargo de la administración de justicia. Ya VON LISZT defendía, ante la hipertrofia del Derecho Penal y el uso excesivo de la pena, el establecimiento de límites a través de instrumentos de derecho material y procesal, manteniéndose la pena como amenaza a las violaciones más graves²³⁰.

La legalización de los juicios de oportunidad, principalmente en la modalidad del consenso, permite que no se persigan los hechos cuyo interés público no lo recomienda, valorándose la escasa lesión al bien jurídico y la demanda criminal a ser enfrentada por los órganos encargados de la persecución criminal y por la administración de justicia.

El crecimiento y la diversificación del fenómeno de la criminalidad necesitan de enfrentamiento, de solución pronta y eficaz, que se alcanza con la simplificación y con la aceleración del procedimiento. Lo que nos interesa en esta investigación son las soluciones jurídicas de naturaleza procesal, y no las económico-sociales o de derecho material.

²²⁸ Según ROXIN, en "Prólogo" del libro de ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pág. 15, hacer frente a la numerosa pequeña y mediana criminalidad tiene un significado capital para la eficacia de la administración de la justicia.

²²⁹ Vid. PEDRAZ PENALVA, E., "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 322-385.

²³⁰ ARMENTA DEU, T., "Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos descriminalizadores arbitrarios en la RFA, con especial referencia al principio de oportunidad", en *Justicia*, 1990, I, pág. 203, y BACIGALUPO, E., "Descriminalización...", cit., págs. 9 y 10.

Es reprochable la concepción de ocultarse bajo el manto de la represión de los delitos de mayor entidad, como el terrorismo, el narcotráfico, los practicados por bandas armadas, una normatividad general de limitación indiscriminada de los derechos fundamentales. Con la excusa de dar seguridad jurídica, se atenta contra la libertad. Esto ha ocurrido en Alemania, en 1978 y 1980, con la restricción del derecho de defensa y con la exclusión del abogado de confianza en la Ley Antiterrorismo, respectivamente; en Italia, en los años 80, en la legislación antiterrorista, respecto a la ampliación de la prisión preventiva y en materia de registros, en Francia, en 1981, con la legislación sobre la seguridad y libertad, violadora de la intimidad, la libertad de circulación; y también en España, con el mismo objetivo de combate al terrorismo, en los años de 1975, 1978 y 1984, con la ampliación de la detención policial, la facilitación de las intervenciones telefónicas y exclusión del abogado de confianza del imputado²³¹. El legislador brasileño no ha sido una excepción. Aunque allí no se verifique el fenómeno del terrorismo, el poder del narcotráfico y de grupos de exterminio de presuntos delincuentes son una constante amenaza al Estado de Derecho. También, bajo el fundamento de combatir esta delincuencia grave, se ha puesto al orden del día una legislación general, que impone límites a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Es posible la coexistencia en el proceso penal de zonas de consenso con el objetivo de eliminar conflictos innecesarios a los fines del proceso, por medio de una solución consensual, pues son resultantes, en la mayoría de los casos, de una ocasionalidad o de un incidente en la vida de su autor, mientras que una solución impuesta es más adecuada a la criminalidad grave²³².

En el ámbito del derecho penal, se defiende la intervención mínima, un derecho penal de *ultima ratio*, aplicable sólo cuando los mecanismos de

²³¹ Vid. MONTERO AROCA, J., *El derecho...*, cit., págs. 119 y 120.

²³² Véase MARTÍN OSTOS, J., "La posición del imputado...", cit., pág. 101.

derecho civil o administrativo no sean eficaces a la protección de los bienes jurídicos -carácter subsidiario-. Esto sería posible con una reordenación valorativa de los tipos penales y con un proceso de descriminalización -retirar de la previsión típica las infracciones de bagatela-²³³ y despenalización -disminuir los efectos de las penas y previsión de penas más blandas-²³⁴, o con una limitación del ámbito de aplicación mediante una interpretación restrictiva²³⁵.

Lo que se verifica es la utilización del derecho penal como la única o primera *ratio*, como solución para todos los problemas sociales y políticos, o con capacidad para prevenir todos los males. El derecho penal moderno está orientándose hacia la sobrevaloración de las consecuencias. La teoría de la protección de los bienes jurídicos tampoco puede ser utilizada como una motivación criminalizadora -medio ambiente, delitos económicos, por ejemplo-, sino como limitación al legislador, por lo tanto, en su aspecto negativo y no positivo.

No estamos de acuerdo con MONTERO AROCA, cuando señala que la descriminalización de conductas, convirtiéndose, principalmente las faltas, en ilícitos administrativos, está privando de funciones al Poder Judicial, trasvasándolas al Poder Ejecutivo que se convertiría en controlador penal, por

²³³ En CERVINI, R., *Los procesos de descriminalización*, Editorial Universidad Ltda., Montevideo, 1993, págs. 57-66, se puede ver los procesos de desinstitucionalización, descriminalización, despenalización y diversificación.

²³⁴ HASSEMER, W., "La persecución penal...", cit., pág. 10, hace una advertencia respecto de la desincriminación por medio del principio de oportunidad en el proceso. Plantea que "sería una burla del sistema, en lo teórico, y políticamente una defraudación de la colectividad, promulgar públicamente en las leyes penales incriminaciones (de bagatela, por ejemplo) para excluirlas clandestinamente a través del proceso penal. Así, cuanto más se oriente el Derecho Penal material hacia el principio de proporcionalidad y fragmentariedad, menos oportunidades quedarán para un proceso penal oportunista".

²³⁵ ZIPF, H., *op. cit.*, págs. 103 y 104.

lo que no se estaría produciendo una verdadera descriminalización, sino sólo un cambio en la naturaleza de la sanción²³⁶. Primeramente, hay que considerar que la descriminalización implica la retirada de la infracción del rol de los crímenes o de las faltas, cuya extensión de sus efectos son penales, bien más gravosos que una sanción administrativa. Segundo, ya existe un derecho administrativo sancionador, pero de ilícitos administrativos y no de ilícitos penales, lo que no implicará disminución del Poder Judicial ni pérdida de poder jurídico o político. Por lo tanto, no se está otorgado al Poder Ejecutivo una función de “controlador penal”. Tercero, no se está suprimiendo la garantía jurisdiccional, pues el autor de un ilícito administrativo podrá utilizar los mecanismos jurisdiccionales para discutir la sanción.

Además de las fórmulas desincriminadoras, en la esfera del derecho penal sustantivo se piensa en otras dos soluciones: una interpretación típica restrictiva, que mantenga una proporcionalidad entre el hecho-sanción y la creación de subespecies típicas específicas cuando el resultado sea insignificante o la reprochabilidad diminuta²³⁷.

No se puede olvidar las hipótesis de aplicación de las denominadas “penas alternativas” a la sanción privativa de libertad, con previsión en los propios tipos penales y no como medidas sustitutivas de una pena privativa de libertad ya fijada por el Juez, pues esta solución depende de un proceso exegetico²³⁸.

²³⁶ *El derecho...*, cit., pág. 122.

²³⁷ *Vid. ARMENTA DEU, T., Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 27, y en “Incremento...”, cit., págs. 202 y 203.

²³⁸ Artículo 88 del Código Penal español y 44 del Código Penal brasileño.

Incluso, el tratamiento simplificado de la criminalidad de menor entidad, posibilitaría un mejor enfrentamiento de la criminalidad más grave, ofensiva de bienes jurídicos más valiosos para la comunidad, como la vida -homicidios, asesinatos, robos con violencia a la persona, bandas armadas, por ejemplo-. Esto tanto desde el punto de vista de la investigación, como de la acusación y del enjuiciamiento, pues con la disminución de la cantidad, con una respuesta más simplificada de la criminalidad menor, se llegaría a un resultado eficaz en menor plazo, evitándose la sensación de impotencia en el enfrentamiento de la criminalidad o bien el sentimiento de impunidad.

En el seno del proceso penal, las alternativas que surgen son la posibilidad de aplicarse extrajudicialmente el derecho criminal; el aumento del rol de las infracciones privadas o semipúblicas; la abreviación del procedimiento -monitorio penal de Alemania y de Italia, procedimiento acelerado de Alemania-; la posibilidad de elegir el procedimiento -Italia-; el archivo condicionado o incondicional -Alemania y Francia-; el acuerdo civil o el tratamiento prohibitivo de la incoación criminal -Brasil y Francia-; el acuerdo criminal para la aplicación de una medida alternativa -Brasil y Holanda-²³⁹, la conformidad penal -España- y la suspensión condicional del proceso -Alemania, Brasil, Polonia²⁴⁰ y Portugal-.

A todo esto, otra solución que podría ser desarrollada es el aumento de las hipótesis del Juez para aplicar el perdón judicial en todas las fases procesales, sin consecuencias penales. Las hipótesis del indulto o el perdón por

²³⁹ COSTA ANDRADE, M., "Consenso...", cit., pág. 321.

²⁴⁰ Como no vamos a analizar con detalle la autorización legal para la actuación bajo criterio de oportunidad en Polonia, dejamos constancia de que es posible, en este sistema jurídico, el archivo condicional del proceso, por el grado reducido de la peligrosidad social del hecho.

miembros del Poder Ejecutivo, representa un retorno al absolutismo, a la vinculación de lo jurídico a lo político-partidista.

La consecuencia de la simplificación de los procedimientos y del propio proceso de la criminalidad de menor entidad hace que el Ministerio Fiscal, los Juzgados y Tribunales se dediquen a los asuntos de mayor transcendencia para el orden y convivencia social. Y esto puede potenciarse con una adecuada regulación de la oportunidad²⁴¹.

El derecho penal y su instrumento, el derecho procesal penal, circulan por diferentes canales. La evolución de la ciencia ha demostrado esto. Las dos ramas del derecho tienen independencia. Estos dos canales, con sus múltiples ramificaciones, van aumentando su comunicabilidad directamente proporcional a la práctica de un hecho con apariencia de infracción criminal, de la investigación, de la acusación, del desarrollo del proceso, culminando en un sitio común, que es la prestación jurisdiccional final -sentencia-. En este acto final, los dos canales se encuentran en definitiva.

Las soluciones alternativas de derecho penal y procesal se comunican de forma inseparable²⁴². Por esto hablamos de alternativas a la pena, principalmente de la pena privativa de libertad -despenalización- y tratamiento procesal diferenciado o alternativo -anticipación de la tutela procesal, con la simplificación de los procedimientos, con el enjuiciamiento anticipado del proceso, suspensión del procedimiento, por ejemplo-.

²⁴¹ Véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., "Crisis de la justicia ...", cit., pág. 290.

²⁴² BAUMANN, J., *Derecho...*, cit., pág. 8, señala, en este sentido, haciendo referencia a los párrafos 153 y ss. de la StPO, que, al lado de la trama procesal, también presentan un aspecto jurídico-material -*minima non curat praetor*-, aunque la opinión dominante ve únicamente una manifestación procesal del principio de oportunidad

Los mecanismos de consenso aproximan más y anticipan la comunicación de estos dos canales, atendiendo también el derecho penal de *ultima ratio*, aplicándose, con más razón, a las infracciones bagatelarias.

Como ha señalado VIVES ANTÓN, que concibe la oportunidad como principio que se concreta como exigencia de justicia y no meramente táctica, no hay por qué no hacerlo antes del juicio, dentro de un marco garantista, lo que puede realizarse después -suspender la ejecución de la condena o, incluso, se llega a poder optarse por la *probation*, no pronunciarla-²⁴³.

d) Tratamiento preventivo e integrador

La aplicación de una medida criminal negociada²⁴⁴ o aceptada por el autor del hecho, es más eficaz que la impuesta por la fuerza jerarquizada y silenciosa de una condena. El autor, cuando tiene la posibilidad de discutir dialécticamente la sanción criminal u otra medida a ella equiparable, se siente responsable por su cumplimiento, lo que lo hará con más seguridad.

Además, como regla, el hecho de bagatela, aliado a los requisitos de admisibilidad del consenso o de los juicios de oportunidad, informa la

²⁴³ “Comentarios a la ley de medidas urgentes de reforma procesal”, en *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 295.

²⁴⁴ Según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, pág. 17, la conciliación, junto con la mediación responde “a un nuevo modelo o estilo de respuesta al comportamiento delictivo: modelo muy ambicioso por sus objetivos (pretende satisfacer las legítimas expectativas de todos los implicados en el conflicto criminal: infractor, víctima, comunidad y Estado), pero flexible en sus técnicas y procedimientos”.

ocasionalidad y el difícil retorno a la criminalidad. Estas soluciones, avenidas de un poder de disposición, propician la readaptación de la persona que no es propiamente un delincuente, y trabaja en la prevención de los hechos criminales, pues hay una participación en la solución del proceso penal.

En este sentido, vale destacar la experiencia francesa de la diversión penal (art. 40.1 CPP). La doctrina y la jurisprudencia han deducido el principio de oportunidad del artículo 40 del Código Penal, aunque no esté expresamente previsto en ley. La persecución penal puede cesar, a instancia del fiscal en los supuestos de la pequeña delincuencia, pero no en los delitos graves. Esto se ha extendido a otras especies de criminalidad, como la droga, donde es posible suspenderse el ejercicio de la acción penal si el delincuente se somete a tratamiento o cura desintoxicantes, cuando sea el primer delito o, excepcionalmente, en los casos de reincidencia (*Code de la Santé Publique*). A imitación del modelo alemán, se ha instaurado la posibilidad del archivo condicionado al cumplimiento de determinadas condiciones, como indemnizar al perjudicado o cuando éste se compromete a no cometer más delitos. Ante la falta de una previsión legal de las hipótesis en que se permite el archivo, la práctica señala los supuestos de política criminal -culpabilidad mínima, economía procesal e imprudencia-; las razones de orden público, cuando la persecución implica mayores disturbios que su omisión; las hipótesis de necesidad pública -aborto en vísperas de su despenalización, alcoholdependientes sometidos a tratamiento médico-. La resolución determinante del archivo *-classement sans suite-* no es un acto jurisdiccional, no produciendo, por lo tanto, efectos de cosa juzgada y no es recurrible, según decisión de la Corte de Casación francesa, interpretando el artículo 40 del Código de Proceso Penal francés. No obstante, resta la posibilidad del perjudicado de ejercer la acción civil ante el Juez investigador, o al órgano judicial. De cualquier manera, la manifestación de los juicios de oportunidad se circunscribe al archivo de la persecución criminal. Una vez tomada la decisión de proseguir, rige el principio de legalidad, sin perjuicio de la petición de absolución por razones de oportunidad.

La permanente conflictividad de la sociedad actual conlleva al aumento de la cantidad y de la calidad de la demanda criminal. Una de las funciones del Estado es controlar esta conflictividad. El proceso consensual, terminado en corto tiempo, con la aceptación voluntaria de una medida restrictiva criminal, disminuye la tensión del conflicto interindividual y social.

Esta cooperación del acusado, según el proyecto alternativo alemán, conlleva a una sanción más individualizada y un efecto resocializante implícito en dicha colaboración que, por otra parte, impide la comisión de futuros delitos²⁴⁵. La reinserción del propio imputado, junto con la tutela de la víctima y la protección del derecho a la libertad, en un sistema penal democrático contemporáneo se yuxtaponen a la clásica función de actuación del derecho de penar del proceso penal²⁴⁶.

La parada temporal en el desarrollo del proceso penal, no sólo con relación al proceso civil, sino también al derecho penal y a la criminología, se debe, en gran medida, a la mentalidad de que el proceso penal sirve únicamente para actuar las pretensiones acusatorias, para hacer realidad el *ius puniendi*, relegándose a un plano secundario la protección de la libertad y de los derechos fundamentales del sospechoso/acusado y de las víctimas.

A pesar de este proceso integrador, participativo del delincuente en el proceso penal del consenso, hay que crear mecanismos de control jurisdiccional para evitar que la participación no se transforme en una solución de simple adhesión.

²⁴⁵ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 29.

²⁴⁶ Véase GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 43.

Modernos mecanismos de actuación de la justicia criminal, como ocurre con la mediación penal entre delincuentes y víctimas, disminuyen la tensión entre los involucrados en el hecho criminal y facilita la integración social. Consideramos la mediación penal como una forma alternativa de solución de ciertos conflictos penales de menor gravedad, principalmente los ocurridos en el ámbito doméstico, en los que se involucran los jóvenes y menores²⁴⁷.

²⁴⁷ Vid., asimismo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, pág. 16, cuando señala que la mediación-conciliación es una fórmula flexible de solución de ciertos conflictos de escasa relevancia -jóvenes y menores-, en sustitución del enjuiciamiento convencional. Es un procedimiento idóneo y eficaz porque el enjuiciamiento convencional y la propia pena producen efectos nocivos irreparables, elevando a cotas preocupantes el coste social de la intervención penal clásica. Además, “rescatan la dimensión real, histórica, interpersonal y comunitaria del delito. Propone, en consecuencia, una gestión participativa de este doloroso problema social, ampliando el círculo tradicional de operadores legitimados para intervenir en la misma. Y ello mediante técnicas y procedimientos operativos, informales (desinstitucionalizados) en aras de una justicia que pretende resolver el conflicto, dar satisfacción a la víctima y a la comunidad, pacificar las relaciones sociales interpersonales y generales dañadas por el delito y mejorar el clima social: sin vencedores ni vencidos, sin humillar ni someter al infractor a las iras de la ley, ni apelar a la fuerza victoriosa del Derecho. Una justicia, pues, restaurativa, de base comunitaria, que se propone intervenir el problema criminal constructiva y solidariamente, para resolverlo: sin metas represivas; no desde el *imperium* del sistema, sino confiando en la capacidad de los implicados en aquél para encontrar fórmulas de compromiso, de negociación, de pacto, de conciliación, de pacificación; y en la poderosa influencia positiva de los grupos e instituciones primarias: en la educación, la comunicación, la reconstrucción de los vínculos informales del individuo como garantía del acatamiento sincero de las normas comunitarias por éste, y de la prevención del delito”.

e) Adecuación a las finalidades del proceso

La finalidad primordial del proceso penal, que es el mantenimiento de la paz jurídica²⁴⁸ a través de la protección de bienes jurídicos fundamentales, es perfectamente alcanzada con mecanismos de consenso. El consenso consigue, como regla, disminuir la tensión natural que se forma en el seno del proceso penal entre el *ius puniendi* y el *status libertatis*, pues permite que se llegue al final del proceso con una decisión consensual, acordada y no determinada a la fuerza. De un lado, la acusación lucha para obtener la condena del presunto culpable; de otro, el acusado lucha para conseguir la absolución o una condena menos grave.

Una de las grandes conquistas del derecho penal fue, sin duda, su aplicación por medio de un proceso y de un órgano estatal, oficial, con potestad jurisdiccional. Todavía, hay que reflejar las finalidades del proceso penal y su eficacia, sin desviarlo para el campo del derecho privado. Asimismo, encuentra fundamento en la propia instrumentalidad garantista, o sea, en el Derecho Procesal, principalmente respecto a las formas procedimentales y a la misión del proceso penal.

Por lo tanto, únicamente hay condena y pena en un proceso criminal. De ahí resulta que el proceso es, también, un instrumento de realización del derecho material. Siendo así, se encamina a garantizar la realización de las finalidades de la propia sanción criminal, como retribución jurídica volcada a la resocialización. Manteniendo la licitud de los medios, puede llegarse a la realización de los fines de la pena, con la adopción de soluciones de consenso.

²⁴⁸ Véase ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 2-5, sobre las finalidades del proceso penal.

Se utilizaría una metodología diferente para llegar a los mismos fines, con menos daño al imputado.

Una de las finalidades del proceso penal es ser instrumento de mantenimiento de la paz social, más precisamente, del equilibrio de las relaciones comunitarias. La posibilidad del órgano acusador o de la defensa de disponer del objeto del proceso -acusar, investigar o mantener la acusación- no afecta las principales conquistas de la civilización, siempre que el poder de disposición esté debidamente autorizado por ley, controlado por un tercero imparcial -garantizador de los derechos fundamentales de los autores de los hechos criminales-, y en un proceso público.

La paz social puede ser alcanzada también a través del consenso, de la terminación anticipada del proceso, de la disminución de la carga del mismo, con atención, también a los perjudicados por el hecho criminal. La prevención general o particular pueden ser alcanzadas también con un tratamiento procesal eficaz, con menos carga, menos tiempo y con resultados más eficaces.

Tanto el influjo político del Gobierno sobre la Justicia penal -justificación política-, como el interés de la verificación de la Justicia material -justificación jurídica material-, en contraste a un formalismo legal, del principio de oportunidad, puesto en evidencia por GOLDSCHMIDT, no desvela toda la extensión de la oportunidad en el proceso penal²⁴⁹. Además, la misión de realización de la justicia material, pone el *ius puniendi* por encima del *status libertatis*.

²⁴⁹ *Problemas jurídicos...*, cit., págs. 124 y 125, añade que la tendencia del Estado de derecho de la segunda mitad del siglo XIX se opuso al sentido político del principio de oportunidad. Admite la utilización de este principio como interés de la Justicia material.

Hay en el proceso penal, según FIGUEIREDO DIAS, situaciones en que la búsqueda del consenso, de la pacificación y de la reafirmación estabilizadora de las normas encontradas en la reconciliación, valen como imperativo ético-jurídico²⁵⁰. De un modo general, las formas de la justicia negociada, sean “abiertas o encubiertas”, se inscriben, en su conjunto en la filosofía de negociación del conflicto y de eludir el proceso²⁵¹.

Así, las principales finalidades del consenso, en el proceso penal, de modo general, son: la aplicación de una medida alternativa a la prisión, la protección de la persona de la víctima, evitar el estigma de procesado del acusado -la celebración del juicio oral, la producción de pruebas, confrontación con la víctima, por ejemplo-, evitar los efectos de una condena, dar un tratamiento diferenciado a la criminalidad de menor entidad. También, no se puede olvidar los efectos preventivos de estos mecanismos alternativos.

C) Críticas

En este apartado, serán desarrollados los principales óbices que suelen señalarse para atenuar o disminuir la aplicación de la oportunidad, de la autorización legal de actuación bajo criterios de oportunidad y consenso, de una forma genérica. Esto sin perjuicio de que, en la medida en que van siendo tratados los temas específicos, sean puestas de relieve otras consideraciones

²⁵⁰ *Código de processo penal e outra legislação processual penal*, Aequitas, Lisboa, 1992, págs. 32 y 33.

²⁵¹ DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 668.

críticas, todavía más atinentes a la especificidad del mecanismo admitido en el ordenamiento jurídico.

Se ha recogido las principales críticas de la admisión del principio de oportunidad o del reglamento de criterio de oportunidad en el proceso penal.

a) Ofende las garantías procesales

La oportunidad, independientemente del grado de aceptación en los ordenamientos jurídicos, desvirtuaría, principalmente, la legalidad, la igualdad y la presunción de inocencia. El mayor daño a un ordenamiento jurídico está en la ofensa a los derechos fundamentales de índole constitucional, pues la protección de los derechos fundamentales va más allá de la titularidad de poderes y de las facultades individuales (dimensión subjetivo-individual), para insertarse en una escala valorativa y finalística de la sociedad -dimensión objetiva-, de modo que el reconocimiento colectivo legitima su ejercicio. Así, dejan la esfera meramente individual y pasan a valer como elementos estructurales de ordenación social que necesitan de protección²⁵².

El Estado dispone cuáles son los hechos criminales y determina la obligatoriedad de investigarlos. Una vez probados, sin causas de exculpación, a ellos se les aplican una sanción criminal. Ningún órgano acusador puede disponer de la aplicación de la pena, no pudiendo, uno de los órganos estatales decidir cuáles son los hechos tipificados que investiga. Cuando se ponen en

²⁵² COSTA ANDRADE, M., "Consenso...", cit., págs. 332 y 333, recoge la doctrina constitucional de GOMES CANOTILHO y de VIEIRA DE ANDRADE.

marcha estas prácticas, la aplicación del *ius puniendi* se quedaría al libre arbitrio de determinados sujetos.

No se puede dejar el inicio del proceso penal a la decisión discrecional de nadie, no pudiendo ser revocado, suspendido, modificado o suprimido, sino en los casos en que así lo permita una expresa disposición de la ley. Este principio también es llamado principio de necesidad.

La opinión de ROXIN es que las modalidades de oportunidad -archivo y consenso- disminuyen notablemente el espectro de garantías que el proceso ordinario ofrecía al acusado. Debe encontrarse una solución eficaz y pragmática que respete al mismo tiempo aquellos derechos procesales del acusado²⁵³.

En el momento en que el legislador tipificó determinadas conductas como criminales y delimitó la sanción, siempre que han sido practicados, estará presente el interés público en el actuar de la ley. Así, se presenta la necesidad de investigar y de ejercitar la acción penal, con la deducción de una pretensión acusatoria y de aplicar la pena, siempre que estén presentes los presupuestos legales, independientemente de la lesión al bien jurídico, al daño social o a la reprochabilidad que merezca el autor del hecho.

Hay que consignar que la distribución de las funciones entre los diversos órganos estatales refleja la concepción formal del principio de legalidad, como se ha señalado. La falta de una clara delimitación de las atribuciones legales -oportunidad pura-, implica una usurpación de roles y el aumento del arbitrio de los órganos estatales -Fiscales y Jueces-²⁵⁴.

²⁵³ En el "Prólogo", cit., págs. 15 y 16.

²⁵⁴ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 28.

No hay cómo negar la existencia de un peligro, conforme advirtió SCHWARZE, de que la amplitud de la discrecionalidad convirtiera al fiscal en una auténtica autoridad suprema²⁵⁵ o de la existencia de un desplazamiento del centro de gravedad de la potestad jurisdiccional, como ha puesto de relieve SALAS²⁵⁶. Es cierto que, dependiendo del sistema que se adopte, no hay una transferencia total del poder jurisdiccional, pues no hay pena sin determinación de un Juez o Tribunal Estatal. Asimismo, una gran parcela del poder jurídico de decidir se transfiere a la acusación, con disminución de las garantías del acusado, pues no existe la presencia efectiva de un tercero imparcial.

En efecto, en los supuestos en que se deja en manos del órgano acusador la discrecionalidad de investigar o no, de suspender o no el procedimiento investigatorio, que la decisión sea homologada por el órgano jurisdiccional, sin posibilidad de examinar los requisitos formales y substanciales, el fiscal asume las funciones típicas del órgano juzgador. En este sentido, como ha señalado HASSEMER, se pone en peligro el principio de la división de los poderes, emitiendo un juicio sobre la punibilidad de determinado comportamiento²⁵⁷.

Con más razón, en el derecho alemán, el fiscal puede, sin someter al órgano judicial, archivar, con o sin condiciones el proceso. Aquí hay una nítida transferencia total de la función de juzgar al órgano acusador. Según ARMENTA DEU, ocurre, en estos casos, una “involución hacia el sistema inquisitivo en donde se confundían las funciones acusadora y juzgadora”²⁵⁸.

²⁵⁵ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 54.

²⁵⁶ DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 688.

²⁵⁷ “La persecución penal...”, cit., pág. 8.

²⁵⁸ En *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 197.

Por esto, pensamos que este poder debe ser limitado objetivamente por la ley. En la medida que este poder sea delimitado, no primará el principio de oportunidad puro, sino el de legalidad, aunque autorice ciertos juicios de oportunidad. Por esto, defendemos el establecimiento normativo, de forma clara y objetiva de los supuestos y criterios en que pueda ser utilizado el poder de disposición de las partes²⁵⁹. El proceso penal no puede ser transformado en un proceso de poder político, sino de poder jurídico.

²⁵⁹ Según ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 181 y 182, “discrecionalidad supone la atribución por el ordenamiento de un margen de opción configurado por una pluralidad de soluciones, todas ellas válidas en la medida en que se adecuan a la legalidad. Así, por ejemplo, la norma tipifica una infracción y habilita a la administración para imponer sanciones que oscilan entre cien y mil: cuantificado muy simplemente, esto supone que la administración puede optar entre novecientas posibilidades que el ordenamiento le ofrecen. Producida efectivamente la infracción y observando las normales exigencias procedimentales, la decisión que adopte la administración en el marco de dicho ámbito, será perfectamente válida. La consecuencia fundamental que de lo expuesto se deduce es que ningún Tribunal podrá revisar esa decisión, pues sus facultades fiscalizadoras se ciñen al control de la legalidad y no cabe introducir distinciones donde la ley no las establece cuando deja, precisa y deliberadamente, un margen de discrecionalidad” y “una norma utiliza conceptos jurídicos indeterminados sólo cuando esta fórmula abstracta es la única que permite acercarse a la realidad, siempre varía, que pretende regular y no cuando quiere dejar una libre facultad de apreciación y determinación de ese concepto en un supuesto específico. Un concepto jurídico indeterminado no puede tener, en el caso concreto que se pretenda aplicar, diversas soluciones. Sólo existe una”. Ejemplifica que cuando la ley dice “podrá”, estaremos ante una discrecionalidad no revisable por el Tribunal y cuando se refiere a culpabilidad mínima o falta de interés público en la persecución -ejemplos del derecho alemán-, estaremos ante conceptos jurídicos indeterminados, revisables y fiscalizables por el Tribunal. Para nosotros, todos los conceptos jurídicos son determinables en la medida que inciden en un caso concreto y toda la actividad acusatoria o defensiva debe ser sometida al control judicial, incluso los fallos judiciales -doble grado y revisión criminal-. Tampoco se trata de reducción de la discrecionalidad, sino de su control. *Vid.*, asimismo, DELGADO BARRIO, J., “El principio de oportunidad en el proceso penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)”, en *Actualidad Penal*, 1990, núm. 1, págs. 151-153, cuando hace una

Según MONTERO AROCA, con el principio de oportunidad se pretende limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales, que son independientes, fortaleciéndose el Ministerio Público, órgano dependiente del Poder Ejecutivo, que pasaría a decidir sobre el inicio y término del proceso, dándose una marcha atrás en algunas de las conquistas de la civilización²⁶⁰.

Esta crítica se debe a la falta de independencia del Ministerio Fiscal, por su vinculación al Poder Ejecutivo. Esto genera una situación de desconfianza en el seno de la sociedad, debido a las injerencias del Poder Ejecutivo en la persecución y en la acusación. Por esto, tanto la oportunidad pura, como la legalización de mecanismos de oportunidad, exigen un Ministerio Público no dependiente de los poderes de Estado, principalmente del Ejecutivo, a quien, como regla, está subordinado en los ordenamientos jurídicos. Además de la independencia del fiscal, hay que imponer límites a su actuación, objetivamente, incluso con el control jurisdiccional de sus actuaciones.

Esto sólo ocurrirá si los acuerdos fueran hechos fuera del proceso, en los despachos de los órganos acusadores, sin control jurisdiccional. Con la delimitación legal de los juicios de oportunidad, controlada por el tercero imparcial, esto difícilmente ocurrirá. No hay ninguna limitación de los poderes de los Jueces o Magistrados. Por eso, creo que no proceden totalmente las críticas susodichas.

distinción entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados. Estos existen cuando únicamente es posible una decisión justa, mientras que aquella implica más de una solución justa, siendo jurídicamente irrelevante una u otra decisión, pues existe una pluralidad de soluciones indiferentes jurídicamente.

²⁶⁰ *Principios...*, cit., págs. 72 y 73, y *El derecho...*, cit., págs. 127, 128 y 131. Véase, asimismo, SCHÖNE, W., "Líneas generales del proceso penal alemán (instrucción juicio y tendencias de reforma)", en *Justicia*, 1989, III, págs. 702 y 703, cuando critica el archivo alemán.

Esta limitación se debe a la excesiva utilización de los mecanismos de oportunidad en el trato de la criminalidad, a la falta de una delimitación precisa y clara de los supuestos de su incidencia. Hay que evitar el peligro de la privatización del conflicto criminal, de prácticas extramuros, eludibles del control jurisdiccional y de las garantías fundamentales de los justiciables²⁶¹.

El principio de igualdad, o tratamiento igualitario “consiste en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales”, como respuesta jurídica ante la criminalidad, prohibiéndose la “arbitrariedad subjetiva”²⁶².

La posibilidad de seleccionar normas o sujetos que recibirán las sanciones por la transgresión de un precepto criminal, principalmente con la aplicación diferenciada o excluyente de las sanciones, producen “una impresión de desigualdad, inconsecuencia y desilusión”. La legalidad garantiza la igualdad de tratamiento de los ciudadanos, lo que no ocurre con la adopción de la oportunidad, que no puede excluir, con seguridad, la influencia del poder político, financiero y personal sobre la aplicabilidad o no de las normas penales²⁶³.

Los que pueden pagar una multa se libran de un proceso, de las consecuencias de una sanción penal, y los que no la puedan pagarse, enfrentan a esta situación desventajosa. La disposición económica menos favorable hace que el sospechoso o acusado acepte los dictámenes del órgano acusador, mientras que los privilegiados tienen, como regla, más posibilidades de obtener un mejor acuerdo. Además de la posición económica, la mejor posición

²⁶¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, pág. 19.

²⁶² DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 23.

²⁶³ Véase HASSEMER, W., “La persecución penal...”, cit., pág. 8.

jurídica, derivada de ésta -mejores abogados-, también tiene influencia en las negociaciones.

Hay, por lo tanto, un tratamiento distinto de los ciudadanos ante la ley, lo que lleva a la “compra de la libertad”. Se dice que negocia quien puede, quien tiene los mejores abogados o quienes tienen condiciones económicas, mientras que los demás responden a todos los trámites procesales²⁶⁴.

En el proceso, principalmente en el proceso penal, emergen cristalinamente las desigualdades sociales -discriminación, miseria económica e intelectual-, y jurídicas -calidad del razonamiento-. El inculpado ya ingresa en el sistema criminal en desventaja, por su situación social y por la preparación de su defensor ante el órgano acusador. Esta desigualdad no puede ser mantenida en la justicia criminal, que exige un tratamiento equilibrado entre los sujetos procesales. Por esto no se justifican las negociaciones directas entre el acusador y el inculpado, sin un control jurisdiccional directo.

Esta desigualdad se manifiesta también cuando se otorga al órgano encargado del *ius persecuendi* la facultad de investigar o no determinados hechos tipificados como criminales. Además de posibilitar diferentes actuaciones en casos similares, esto representa “una gravísima desigualdad

²⁶⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., en “Prólogo”, cit., pág. 8, pone de relieve las repercusiones negativas en la opinión pública, de un episodio criminal especialmente reprobable, “si resultara que sus protagonistas fueron personas que, gracias a una negociación ventajosa de las sentencias, eludieron las penas que les corresponderían legalmente por graves delitos anteriores”. También, en *Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1990, pág. 81, señala que ante casos similares, el fiscal podría considerar oportuno unas veces e inoportuno en otras, el ejercicio de sus funciones de iniciar, o de proseguir en el proceso.

entre los ciudadanos”²⁶⁵, generadora de la pérdida de seguridad jurídica y de la confianza de los ciudadanos en las instituciones²⁶⁶.

Todavía, según WEIGEND, el incremento del poder de disposición del fiscal, compensada con la discrepancia jurisdiccional, permitiría, delante de la realidad práctica, tan rica y variada, una actuación más adecuada²⁶⁷, lo que no comparte RÖNNAU, al afirmar que, cuanto más permanezca el acuerdo en una zona jurídicamente gris, por falta de claridad en su desarrollo o de fundamentación específica, aumentará el poder de disposición judicial y de un tratamiento desigual²⁶⁸. De cualquier forma, entre la justicia negociada y la justicia impuesta existen diferentes interacciones²⁶⁹.

Esta desigualdad aumenta cuando se utilizan los mecanismos de oportunidad sin publicidad y sin transparencia, con alejamiento de la víctima y su realización al margen del control jurisdiccional²⁷⁰. El sistema de la *plea bargaining*, cuyo protagonista es el *prosecutor* -Fiscal-, que tiene aspiraciones políticas, ante su elección para el cargo, se evidencia el tratamiento desigual, posibilitando la condena a quien no es “amigo del César”²⁷¹.

²⁶⁵ Vid. MONTERO AROCA, J., *Principios...*, cit., pág. 47.

²⁶⁶ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 54, en el que se puede observar esta crítica que se atribuye al jurista alemán SCHWARZE.

²⁶⁷ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 63.

²⁶⁸ BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., págs. 172 y 173.

²⁶⁹ DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 661.

²⁷⁰ Véase DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 693, las consecuencias de la falta de transparencia de las negociaciones criminales.

²⁷¹ Como señala ARMENTA DEU, T., en *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 157, en Alaska, Delaware y Rhode Island, no funciona la regla de la elegibilidad directa, en donde los fiscales son designados por el Fiscal General. Vid., asimismo, DÍEZ PICAZO, L.M., *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 81-83, el significado jurídico-político del Ministerio Público en Estados Unidos.

Estas especies de negociaciones, hechas en los despachos, a puerta cerrada, en los sistemas español y brasileño representarían un aldabonazo en las normas constitucionales, las cuales establecen la división de poderes y las atribuciones de cada uno, cabiendo al legislador determinar cuáles son los hechos perseguibles, quién y cuándo debe ser ejercida la acción penal.

No se puede olvidar que no hay un sólo fiscal responsable por los acuerdos. Son decenas, centenas, millares, dependiendo de la circunscripción competencial. Unos son más legalistas que otros; unos son más favorables a los acuerdos que otros; unos son adeptos de penas mayores y otros de penas menos graves, y unos son más persuasivos que otros. El resultado es el tratamiento desigual, homologado por el órgano judicial.

El principio de igualdad sólo se viola cuando no se otorga a las distintas partes los mismos mecanismos de resistencia a la pretensión, o idénticas posibilidades ante los mismos presupuestos legales. No hay cómo reconocer igualdad entre el polo activo y el pasivo del proceso penal, ante la patente desigualdad jurídica y de medios entre sus protagonistas. Además, como ya afirmaba SCHMIDT, el dogma de una legalidad procesal absoluta está lejos de asegurar la igualdad y de contrariar el reclutamiento diferencial de los delincuentes, no siendo pensable una legalidad exenta de todo el coeficiente diferencial de disponibilidad²⁷².

La oportunidad pura, a nuestro modo de pensar, viola el principio de igualdad ante la ley, lo que no ocurre con la autorización legal para la actuación con un cierto poder de disposición. Además, es mejor regular los límites de la disponibilidad de los operadores jurídicos, principalmente de los órganos acusadores y juzgadores, que cerrar los ojos a la utilización de mecanismos subrepticios de oportunidad, como ocurre en la calificación desviada en los

²⁷² Véase COSTA ANDRADE, M, "Consenso...", cit., pág. 355.

procesos de competencia del Jurado -España-, o en la selección de los casos por la policía -España y Brasil-²⁷³.

Debido al gran número de delitos de competencia del Jurado y por no haber justificación de que algunos -por escasa entidad-, estén sometidos a él, está forzándose una calificación desviada de esta competencia, subrepticamente. Esto sin hablar de la selección hecha por la policía en la investigación propia, sin ponerlo en conocimiento del Juez Instructor -España- o del Poder Judicial -Brasil-.

Una de las críticas respecto de las negociaciones americanas son justamente el tratamiento diferenciado que se le otorga a los negros y a los más débiles, susceptibles de adherirse a la argumentación del Ministerio Público.

Una vez imputado un hecho criminal a una persona, como supuesta sospechosa, ésta tiene el derecho de obtener la información de toda la situación fáctica, incluso a ser declarada inocente por el mismo Estado.

²⁷³ Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de oportunidad reglada...", cit., pág. 303, cuando habla de "oportunidad subrepticia", y no de oportunidad reglada, en los supuestos de declaración de las faltas, en procesos por imprudencia, y en especial en los accidentes de tráfico, incluso con resultados graves, donde es difícil que no concorra como elemento co-causal una infracción del Código de Circulación, lo que en todo caso, cualificaría la imprudencia simple, obligando, en pura legalidad, a subsumir el supuesto en el artículo 565; o el sobreseimiento provisional, o el archivo de esos mismos accidentes, ya indemnizados, y las defraudaciones y demás delitos económicos, en que se ha producido la reparación o restitución al perjudicado, no son otra cosa que aplicación del principio de oportunidad sobre la base de los mismos criterios que sirven de fundamento a la oportunidad reglada: el de la falta del contenido penal de las «bagatelas» y el de la innecesariedad de la sanción del reo que con su conducta de asunción de la propia culpa y reparación del daño, demuestra estar ya resocializado.

Para eliminar la presunción de inocencia de un individuo, se hace necesario que haya una declaración judicial, tras el desarrollo probatorio regular.

El cumplimiento de determinadas condiciones, a cambio de suspensión de la persecución criminal o del propio procedimiento, por presentar la eficacia de la sanción penal dictada por la fuerza pública, no ofende la presunción de inocencia. No hay declaración de culpabilidad.

El sospechoso y el acusado tienen el derecho de no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, hasta que esto sea quebrantado por un Juez Estatal, previamente determinado, en un juicio público, con todas las garantías legales.

“Si a las razones de economía procesal se une el ejercicio del derecho constitucional de defensa, no puede sostenerse la vulneración de la presunción de inocencia que, en cualquier caso, constituye una garantía instrumental del ejercicio de aquél derecho fundamental en materia probatoria, esto es, siempre y cuando el imputado no haya renunciado a su derecho a la apertura del Juicio Oral”²⁷⁴.

Téngase en cuenta que el contenido material de la sanción criminal acentúa la resocialización. Como ha señalado WOLTER, la igualdad fáctica de oportunidades que se le otorgan al imputado o las demás garantías, como la presunción de inocencia, pueden, “dentro de ciertos límites, retroceder”²⁷⁵.

²⁷⁴ AUGER LIÑÁN, C., “El principio...”, cit., pág. 284.

²⁷⁵ COSTA ANDRADE, M., “Consenso...”, cit., pág. 335.

La doctrinal constitucional²⁷⁶ señala que los derechos fundamentales van más allá de la titularidad de poderes y de facultades individuales -dimensión subjetivo-individual-, para insertarse en una escala valorativa y finalística de la sociedad -dimensión objetiva-, de modo que el reconocimiento colectivo legitima su ejercicio. Así, dejan la esfera meramente individual y pasan a valer como elementos estructurales de ordenación social que necesitan de protección.

b) Favorece a un utilitario mercantilismo del proceso penal

Una de las patologías de la sociedad actual es el pensamiento de que todo tiene un precio de mercado, un valor económico o una retribución de favor. Esta concepción no se aplica a los valores morales, que tienen fines en sí mismos, intrínsecos y tampoco al proceso penal, pues no se trata de poner precio a los valores del individuo.

El proceso penal no puede correr el riesgo de tornarse un *locus* donde se puede negociar con la libertad de las personas, como se negocia con las cosas en el derecho privado²⁷⁷. No se puede negar la existencia del peligro de que las

²⁷⁶ Según COSTA ANDRADE, M., en "Consenso...", cit., págs. 332 y 333, que recoge la doctrina de AMELUNG, LUHMANN, GOMES CANOTILHO y VIEIRA DE ANDRADE.

²⁷⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *La reforma...*, cit., pág. 105, señala que el arbitrio legal que se recomienda a los fiscales sólo puede ser efectivo "cuando se ofrezcan rebajas en la calificación jurídico-penal de los hechos, es decir, en la pena, a cambio del reconocimiento de una determinada versión de los mismos o de una conformidad con la acusación. Con ello, es de todo punto evidente, la verificación contradictoria y en sede jurisdiccional del dato de haber o no tenido lugar algún supuesto de hecho que se desplaza a un ámbito privado regido por las leyes

víctimas se aprovechen del procedimiento criminal para obtener una indebida indemnización, forzando al acusado a aceptar un acuerdo criminal.

Además, hay que tener en cuenta que el proceso penal no sirve para privilegiar a quienes tienen condiciones de pagar por no comparecer en el juicio, para no responder a un proceso, para no ser investigado y para no ser condenado.

En el proceso penal hay otros valores en juego: los llamados derechos fundamentales de la persona, que corren el riesgo de desvalorarse con la participación cada vez mayor de personas privadas en el proceso penal -víctimas, asociaciones- que buscan la satisfacción de un interés particular y no colectivo. El proceso penal no puede prestarse a iniciativas que lo consideran *Market System*, “un asunto de economía de mercado (y máxime por los «econometristas» de fuerzas del Estado, que no cuentan con las garantías que hacen desaparecer)”, aniquiladoras del derecho penal²⁷⁸, o para la llamada comercialización de la justicia penal, con el “chalanceo” de la *plea bargaining*²⁷⁹.

La ideología de que lo que es público no funciona y es retrógrado; de lo que es privado es útil y bueno, influye también en el sistema criminal, que está derivando, peligrosamente, del público al privado, confundiendo los intereses en juego en el derecho criminal y en el derecho civil.

de la oferta y la demanda, por las leyes de mercado, con lo que tiene de implantación también en este campo del nuevo paradigma neoliberal.”; *Vid.* ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 128, cuando pone de relieve que el jurista alemán SCHMID-HIEBER hace la pregunta de si no existirá en el archivo condicionado, una “compraventa de la libertad más o menos encubierta”.

²⁷⁸ FAIRÉN GUILLÉN, V., “Tendencias...”, cit., pág. 23. *Vid.*, asimismo, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Justicia a cien por hora...”, cit., pág. 1064.

²⁷⁹ Véase BAUMANN, J., “La situación...”, cit., págs. 92 y 93.

La llamada agilización de la aplicación de la ley penal, con la adopción del consenso, puede referirse a la rapidez de los procesos o la obtención de un mayor número de condenas, en un tiempo más breve. Sin embargo, los fines del proceso no son únicamente las condenas del acusado, sino la pacificación de la sociedad.

La adopción del principio de oportunidad, que implica la renuncia a componer los litigios, según FAIRÉN GUILLÉN, no es el medio para disminuir el número de causas criminales o su entidad, sino unos “contrafuegos” que no arguyen una extinción de la crisis propiamente dicha. Señala que antes de pactar, debía recordarse el mítico pacto del Doctor Fausto con Mefistófeles, donde aquél, para llegar a su confesión final, tuvo que aprender y sufrir mucho. Todavía, el peligro está en los “Mefistófeles triunfalistas, reaccionarios y ramplones”, que tanto abundan²⁸⁰.

La adopción de medidas procesales para terminar los procesos, en cambio de dotar a los órganos jurisdiccionales de recursos para hacer frente a toda especie de criminalidad es un error. La ejecución de estas nuevas medidas obtenidas a través del consenso también exige medios materiales y humanos de perfeccionamiento -casos especiales de recuperación, servicios sociales, actualización de los operadores del derecho, medios electrónicos de agilización, medios de control del cumplimiento del acuerdo, por ejemplo-.

²⁸⁰ En “Prólogo”, de *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional III*, Edersa, Madrid, 1992, págs. XXVIII y XXIX.

c) Solución procesal inadecuada

Las soluciones más adecuadas son las de derecho material, que pasan por los procesos de descriminalización y despenalización. El reto de no castigar -o de castigar más levemente- lo que, ante el caso real, parece, por causas y motivos plausibles, que no merece sanción o la merece menor, es, según DE LA OLIVA SANTOS, un desafío de perfeccionamiento del propio Derecho penal sustantivo, en cuanto a la tipificación misma, a la definición de circunstancias modificativas de la responsabilidad y de eximentes o excusas absolutorias, etcétera, así como del sistema de penas y medidas de seguridad²⁸¹

La utilización de los mecanismos de oportunidad para terminar el caso, sin mayores investigaciones, influye en los “ecosistemas del crimen”²⁸², pues no se permite el descubrimiento de todas las ramificaciones de la criminalidad. La respuesta a la infracción puede ser pronta, pero no a la criminalidad.

Todavía, la diferencia de tratamiento pasa también por soluciones de índole procesal, debido a la diferente extensión de los daños que un mismo hecho criminal puede tener y la diversa dimensión de la reprochabilidad que incide sobre cada autor, aunque practiquen un mismo hecho. Por esto, cualquier solución únicamente material se muestra insuficiente. Hay que conjugar los dos ámbitos de solución.

Debido a la multitud de situaciones fácticas, de la amplitud cualitativa y cuantitativa de la criminalidad, abogamos por un enfrentamiento con

²⁸¹ En “Voto particular concurrente con el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 22 de abril de 1992, por el que se aprueba el informe sobre el anteproyecto de nuevo código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1992, núm. 48, pág. 762.

²⁸² FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Justicia a cien por hora...”, cit., pág. 1.064.

mecanismos de consenso por parte de los encargados de aplicar la ley. Lo que se está buscando, en realidad, son los intereses de los Fiscales y Jueces, y no de los acusados y de las víctimas.

Para evitar los abusos, el favoritismo político, el tratamiento desigual, el poder de disposición debe ser limitado legalmente, desde el punto de vista de los requisitos objetivos y subjetivos, siempre con un doble control jurisdiccional. Esta falta de adecuación instrumental se refleja en el derecho material, de modo necesario, pues el proceso es el único instrumento de actuación del derecho penal.

En la línea de la prevención general positiva, las normas penales deben ser aplicadas para reafirmar y asegurar las normas fundamentales de una sociedad. Este aseguramiento presupone la aplicación del derecho material de acuerdo a lo establecido por la legalidad penal. La selección de normas aplicables, la elección del sujeto a inculpar, produce un debilitamiento de las normas penales, principalmente de las que no sean aplicadas²⁸³.

Esta contundente crítica fue puesta de manifiesto por DE LA OLIVA SANTOS en su voto particular concurrente con el del Consejo General del Poder Judicial al informe sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 1992. Señaló que, admitiéndose la oportunidad, las normas sustantivas “no constarían de dos elementos ciertos y seguros, como el tipo y la pena o el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, sino que el segundo de esos elementos se convertiría en indeterminado. Más aún: la propugnada no acusación o la evitación del juicio en casos de conductas -aparentemente-

²⁸³ Véase HASSEMER, W., “La persecución penal...”, cit., pág. 8.

típicas y culpables, supondrían desvirtuar la consideración como máximamente reprochable que al legislador le hubiese merecido la conducta”²⁸⁴.

En esta línea, estaría frustrado el principio de que la sanción criminal debe ser personalmente medida por el órgano judicial, tras un juicio condenatorio emitido por él y no por terceros, aunque sean sujetos del proceso.

En este sentido, MONTERO AROCA ha señalado que la opción política del Estado, de tipificar determinados hechos como delitos, atendiendo al pensamiento de la sociedad, es desvirtuada cuando al Ministerio Público está facultado para ejercitar o no la acción penal, para pedir que se imponga al acusado una pena distinta de la prevista, o concluir el proceso sin una sentencia condenatoria. Sería como vaciar de contenido la norma penal. Esto es una clara demostración de la incapacidad del legislador para perfeccionar el Derecho Penal²⁸⁵.

Ocurre que no siempre la política criminal del legislador atiende a los más simples principios del derecho, como el de la proporcionalidad entre el hecho practicado, el daño y la sanción, bien a la finalidad de la aplicación de la sanción criminal. Además, los hechos sociales evolucionan en una velocidad inversamente proporcional a la actuación del legislador. También, no se puede olvidar que la previsión del legislador se constituye en una generalidad, imposible de actuar todas las situaciones fácticas cambiantes de la sociedad. Ciertamente, la misma sociedad que ha legitimado el legislador en el proceso de tipificación, legitimaría la utilización de mecanismos menos dañosos, a la situación criminal concreta.

²⁸⁴ “Voto particular...”, cit., pág. 762.

²⁸⁵ *Principios...*, cit., págs. 77-79, y *El derecho...*, cit., págs. 132-134.

Sólo el perfeccionamiento del Derecho Penal no es suficiente para evitar los efectos dañosos del proceso penal, del *status* de condenado y de la pena. Claro que se podría crear mecanismos de sustitución de la pena o alternativas a la cárcel, o aún hacerse una adecuación típica, principalmente a los jóvenes o a los individuos sin probabilidad de retorno al camino del crimen; todavía, persistiría el estigma de condenado y los demás efectos de una sentencia condenatoria, iguales a los de la criminalidad de mayor entidad.

d) Un retraso y no un avance procesal

El reconocimiento de la culpabilidad, que, segundo alguno, no deja de ser una confesión, admitida como única prueba que da soporte a una sentencia de condena en la oportunidad, representa un retraso, un retorno al pasado, y no un avance. La confesión, como es sabido, en el Derecho Procesal Penal de los pueblos civilizados, no es la reina de las pruebas, y no se puede condenar legítimamente, únicamente con base en ella.

Además, la oportunidad pura o los mecanismos legalizados de juicios de oportunidad se oponen al derecho a un proceso con todas las garantías. Primero porque evita el ejercicio pleno del contradictorio²⁸⁶ y el seguimiento del proceso debido, propiciando un contradictorio formal, a medias, por razones

²⁸⁶ Según FAIRÉN GUILLÉN, V., "Prologo", cit., págs. XVII y XVIII, parece paradójico que un acusado renuncie a su defensa técnica -heterodefensa- en beneficio de su propia autodefensa. Sólo a lo largo de un juicio en el que triunfe tal elección se ve a dónde iba el referido acusado: a devenir Juez del Estado y de los Jueces que lo juzgan. Por su cuenta transforma su proceso en un proceso político.

pragmáticas o utilitarias y un proceso debido sólo a la situación concretada. Segundo, porque se retorna a la época de los juicios reservados, ajenos a la publicidad, favorecedora de la condena de los inocentes. Tercero, porque se entierra el avance procesal de la garantía del enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional, pues el enjuiciamiento lo hace el Fiscal, en el momento del acuerdo.

La sumisión del acuerdo al Juez o al Tribunal para que simplemente lo firme, significa una abdicación de la jurisdicción penal, pues no hay razonamiento, argumentación, indagación, en suma, decisión propiamente dicha. El Juez o el Tribunal se convierten en simples homologadores, en piezas decorativas, ejerciendo una función simbólica, ajena al *sentire*. No se puede hablar de verdad consensual ni de verdad formal, porque no existe cualquier especie de verdad sin contradictorio en el proceso penal.

En efecto, también en los fallos que advienen de un proceso con todas las garantías, sin que se adopte cualquier especie de oportunidad, hay resoluciones que se dictan en un contexto meramente formal, sin mayores indagaciones, explícitas o implícitas de los reflejos jurídicos o meta-jurídicos. Sin embargo, se han dado todas las posibilidades para la dialéctica y a la provocación de la indagación y del razonamiento.

Además, el principio de oportunidad, en su pureza, induce al Juez a una ficción, con doble perspectiva negativa: cree en la incertidumbre o piensa que está creyendo en la oscuridad. Esto por puro deleite pragmático o sentido utilitario, o sea, para poner el trabajo al día y limpiar la mesa. La sentencia no procede en un proceso cognoscitivo y no puede ser demostrable, pues no hay dialéctica procesal, sino una adhesión a la voluntad preliminar por mera intuición. El resultado es un simulacro fantasmagórico de sentencia, sin

motivación y sin razonamiento lógico o científico. Ni siquiera resulta de un proceso artístico, pues no hay creación, sino pura adhesión.

El Ministerio Público, también, para fortalecer su posición político-institucional, en la línea del “utilitarismo”²⁸⁷ limpiador de estanterías, que también se aplica a los Jueces y Tribunales, pone todas sus fuerzas y esperanzas en la solución preliminar, para encerrar ya este caso y empezar otro, aumentando cuantitativamente su producción. Todo esto sin mayores esfuerzos jurídicos o científicos, sino únicamente con el arte de argumentación, de persuasión, del poder del lenguaje, especialmente dirigida a los acusados más propensos a dar crédito a quien ejerce alguna especie de poder, incluso el jurídico o el institucional. Con esto, no hace falta la argumentación jurídica ni el trabajo de demostración de la pretensión acusatoria.

Además, el trabajo del acusador se torna invisible a luz de la publicidad, informadora de los comportamientos correctos, con actuación en la oscuridad del procedimiento sin contradictorio garantizado, más apropiado a los agentes secretos o a los agentes encubiertos, propiciador de un “chalaneo” de lo que se nos advierte FAIRÉN GUILLÉN²⁸⁸.

De la perspectiva del defensor técnico también le puede ser útil la terminación inmediata del proceso, con el recibimiento anticipado de sus honorarios. Existe toda la problemática del nombramiento gratuito de

²⁸⁷ Según DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales...*, cit., pág. 20, se denomina utilitarismo judicial el criterio en virtud del cual las reformas procesales se rigen primordialmente -si no de forma exclusiva- por lo que conviene -rectius: lo que se piensa que conviene- o es útil a los órganos jurisdiccionales teniendo en cuenta su situación -o, más bien, lo que se entiende que es su situación-: sus necesidades, posibilidades, limitaciones y conveniencias.

²⁸⁸ “Autodefensa...”, cit., pág. 92.

defensores para acusados que no tienen condiciones económicas de pagar un abogado, cuyo interés es terminar luego el proceso.

Desde el punto de vista de la Administración de Justicia, se potencia una mentalidad más apropiada a una producción industrial en serie, lucrativa, pues se valoriza la cantidad de procesos juzgados sin pensarse en la calidad.

Además, un proceso garantizador de los derechos fundamentales del ciudadano, principalmente del *status libertatis* y de la presunción de inocencia, potencia el juicio oral a la fase de instrucción, justamente por el equilibrio procesal informado por la actuación de un tercero imparcial. El paradigma clásico de proceso penal, propiciador de la preeminencia de la fase investigadora, sin contradictorio, en donde tenía más valor la prueba recogida en la fase preliminar sobre la producida en un juicio oral, no se admite en el Estado de Derecho. Por esto, la oportunidad manifestada en la fase preliminar representa un paso atrás en la evolución del proceso penal.

SEGUNDA PARTE:

DERECHO

ESPAÑOL

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO GENERAL

1) PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO PENAL

El ordenamiento procesal penal de España está constituido básicamente por la Constitución Española de 1978, por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, modificada, entre otras, por las Leyes Orgánicas de 1994 y de 1997, y por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, inspirada en el Código austríaco de 1873²⁸⁹.

Originariamente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁹⁰, preveía un procedimiento común para los delitos (Libros II y III), y otro para las faltas (Libro VI), además de regular los procedimientos especiales (Libro IV), en razón de la persona -senadores y diputados, Jueces y Magistrados-, ante determinadas especies de delitos -injurias y calumnias-, en lo que atañe a

²⁸⁹ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pág. 27.

²⁹⁰ DE MIGUEL Y ALONSO, C., “El largo camino de la ley 7/88 «del procedimiento abreviado para determinados delitos:»”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 115-142, en el que puede verse la evolución de las leyes procesales españolas, desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta la Ley 7/88.

determinadas circunstancias -flagrantes y penas correccionales, delitos cometidos por medio de la imprenta, extradición, reos ausentes-²⁹¹.

Las alteraciones más significativas que la ley procesal ha experimentado, a lo largo de más de un siglo de existencia, fueron respecto al procedimiento de urgencia (Ley de 8 de junio de 1957)²⁹², ampliado por la Ley de 30 de julio de 1959²⁹³; a la legislación sobre los delitos de circulación (Ley del automóvil, de 24 de diciembre de 1962)²⁹⁴, modificada por la Ley de 8 de abril de 1967²⁹⁵; al enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y

²⁹¹ Véase ARAGONESES MARTÍNEZ, S., "El laberinto de los juicios penales", en *Actualidad Penal*, 1988, núm. 1, págs. 219 y 220. Según FENECH, M., *Derecho...*, tomo III, cit., pág. 147, este procedimiento especial, denominado flagrante, no tenía sólo la circunstancia de flagrante como requisito, sino la pena correccional, tenida como de menor entidad. Aunque, a los detenidos en flagrante, para las penas de seis años de prisión o superiores, se les aplicaba el juicio ordinario.

²⁹² La justificación de esta ley modificativa de los artículos 779-803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue el crecimiento de la criminalidad tras la guerra civil y las dos grandes guerras, principalmente de los delitos contra el patrimonio y los delitos de tránsito, y la necesidad de dar una respuesta más pronta a esta criminalidad de menor entidad, además de los delitos flagrantes.

²⁹³ Esta ley también introdujo la posibilidad de citación a través de radiodifusión o de la televisión.

²⁹⁴ La Exposición de Motivos justificaba la adopción de nuevas medidas procesales para enfrentar la criminalidad generada por el uso de los vehículos, ante el número de víctimas, de los daños materiales ocasionados. Así, los delitos de circulación dejaron el procedimiento de urgencia, pasando a seguir un cauce propio, previsto en una ley especial, con la aplicación supletoria de las normas del procedimiento de urgencia.

²⁹⁵ Esta ley derogó la que había establecido -no había transcurrido cinco años-, un procedimiento especial para los delitos de circulación, reconociendo que estos tenían la misma problemática de los demás delitos menores, y que la solución procesal no era proporcional a la necesidad de una tramitación más pronta. Así, modificó el Título III del Libro IV de la LECrim, aunque continuase la denominación de procedimiento de urgencia. Esta ley rompió con la tradición de 1882 de que el Juez que instruye no puede juzgar, pues encargó al Juez instructor

flagrantes (Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre)²⁹⁶, y al procedimiento abreviado (Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre)²⁹⁷.

también la función de juzgar. La competencia era dividida entre los Juzgados de Instrucción y las Audiencias Provinciales.

²⁹⁶ Este nuevo procedimiento especial pasó a ser aplicado a los delitos perseguibles *ex officio*, cuya pena privativa de libertad no fuera superior a seis años, o con previsión de otras penas. El órgano que investigaba y juzgaba era el mismo, con graves perjuicios al derecho a un Juez imparcial previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 10), en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (art. 6) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14.1). En este sentido véase, las sentencias del TEDH, de 1 de octubre de 1982 (Caso Piersack), y la de 26 de octubre de 1984 (caso De Cubber), y las SSTC 113/1987, de 3 de julio, y 145/1988 de 12 de julio. Esta última declaró la inconstitucionalidad del artículo 2.2º de la Ley Orgánica 10/80, que prohibía la recusación del Juez que había instruido la causa.

²⁹⁷ Esta ley surgió tras la STC 145/1988, de 12 de julio, restableciendo el principio de que el órgano que instruye no puede juzgar, en la línea de la Recomendación (87) 18, y de la Resolución (75) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de la simplificación de los procedimientos y de la adopción del principio de oportunidad, principalmente en el ámbito de la criminalidad de menor entidad. El preámbulo se refiere expresamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y al Tribunal Constitucional. Hubo quien defendiera que la competencia para la fase persecutoria debería pasar del Juez al Ministerio Público. Incluso, en el anteproyecto, estaba previsto que el Ministerio Público podría adoptar ciertas medidas cautelares urgentes. Sin embargo, la redacción final confió al Ministerio Público únicamente un poder investigador previo al judicial, sobre los mismos hechos. Esta ley, además de crear los Juzgados de lo Penal, derogó los procedimientos de urgencia. Así, dependiendo de la cantidad de la pena, tanto las Audiencias Provinciales, como los nuevos Juzgados de lo Penal tienen competencia para el procedimiento abreviado. Con el nuevo Código Penal de 1995, los delitos con pena de hasta 9 años de privación de libertad pasaron a tramitarse por este procedimiento. Según MUERZA ESPARZA, J., *Derecho procesal penal* (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., y TOMÉ GARCÍA, J.A.), Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, págs. 659-661, la finalidad de esta ley no fue sólo unificar la amalgama procedimental, dándole celeridad y eficacia, sino restablecer el principio del “Juez no prevenido”, incrementar las atribuciones del Ministerio Fiscal, positivar el principio del “consenso”, las garantías del imputado y la doble instancia, aunque de forma

El de 1957, ampliado en 1959, y con el de 1967 se les denominó, respectivamente, Procedimientos de Urgencia de competencia de las Audiencias y de los Juzgados de Instrucción.

También hay que consignar la modificación que el procedimiento abreviado sufrió con la introducción de los juicios rápidos (Ley 10/92, de 30 de abril)²⁹⁸, la reintroducción del Tribunal del Jurado (Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo)²⁹⁹, y el nuevo Código Penal (Ley 10/95, de 23 de noviembre), por su importancia dentro del sistema procesal penal español.

Estas reformas puntuales, de 1882 hasta 1988, según DE LA OLIVA SANTOS reflejan una continua frustración, pues los responsables políticos no supieron atacar la raíz de los problemas, o sea, el incremento progresivo de la delincuencia. Por el contrario, pensaban que, con la creación de procedimientos más rápidos, especialmente con la concentración de la persecución y del fallo en la misma persona, estarían solucionados todos los problemas de la

precaria. *Vid.*, asimismo, MARTÍN OSTOS, J., en “La posición del imputado...”, cit., págs. 813-845; y ORTELLS RAMOS, M., “El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales”, en *Justicia*, 1989, III, págs. 547-566, respecto del régimen de la adecuación del procedimiento, la posición de los acusadores y las garantías de los imputados, el objeto del proceso, la oralidad, y la racionalización del contenido de la “instrucción previa”.

²⁹⁸ Esta ley ha introducido el procedimiento “abreviadísimo”, “directísimo”, “juicio rápido”. También, posibilitó al Juez instructor convocar a las partes al juicio oral, sin pasar por la fase intermedia, cuando el Ministerio Público formula inmediatamente la acusación (art. 790.1.3º, LECrim). Esta ley fue modificada a su vez, por la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio.

²⁹⁹ No se trata de ninguna novedad, sino del retorno a esta forma de participación popular en la administración de justicia para determinados delitos. Una reciente encuesta publicada en el periódico “El Mundo” del día 24 de febrero de 2000, informa que más de 1.000 lectores han sugerido, dentro de las cien propuestas para el siglo XXI, la sustitución del actual modelo de Jurado, por un sistema escabinado, semejante al existente en Alemania y Francia, donde está integrado por Magistrados y ciudadanos.

justicia criminal. La labor de los Jueces de instrucción se incrementaba sin aumentarse la plantilla judicial y la delincuencia crecía cada vez más, sobrecargando a los Jueces. La filosofía era de que “las normas harían lo que no podían hacer los hombres; que las letras de un texto obrarían, por sí solas, los auténticos prodigios”³⁰⁰.

En la actualidad, existen dos procedimientos ordinarios para delitos y uno para las faltas. Los delitos, dependiendo de la cuantía de la pena prevista en abstracto, pueden seguir el procedimiento ordinario -más de 9 años de privación de libertad-³⁰¹ o el abreviado -no superior a los 9 años de privación de libertad o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, únicas, conjuntas o alternativas, independientemente de la duración-. Existe también un procedimiento abreviadísimo, conocido como juicio rápido o directísimo, introducido por la Ley 10/92, como derivación del abreviado, en los supuestos de flagrante delito.

Los demás podemos considerarlos especiales, con las debidas advertencias de ARAGONESES MARTÍNEZ³⁰². Así, se constatan los procedimientos para procesar a los Senadores y Diputados -el Tribunal Supremo tiene competencia para la instrucción y fallo y exige previa autorización para procesarlos-, a los delitos de injurias y calumnias -conciliación previa como regla-, a los delitos que afectan los derechos fundamentales -procedimiento preferente con duración de 45 a 60 días-, el

³⁰⁰ En *Jueces imparciales...*, cit., págs. 47-51.

³⁰¹ Según RAMOS MENDÉZ, F., *El proceso penal, cuarta lectura constitucional*, JM Bosch, Barcelona, 1999, pág. 7, este procedimiento se ha convertido en casi residual, si se compara con el número de causas que se tramitan por otro procedimiento.

³⁰² En *Derecho procesal penal* (con DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J.A.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, pág. 303.

habeas corpus, el procedimiento de menores, y los delitos de competencia del Tribunal del Jurado.

Entendemos que el procedimiento ante el Tribunal del Jurado es especial³⁰³, a pesar de opiniones en contra³⁰⁴, debido al reparto de funciones entre el Juez profesional y los Jueces legos, o bien por considerar no a la sanción criminal, sino la especie de delito.

En los procedimientos ordinarios, como se ha señalado, se adopta el criterio cuantitativo de la pena, diversamente del verdadero “laberinto de los juicios penales” que existía anteriormente a la Ley Orgánica 7/1988, aplicándose el criterio de la fungibilidad de los procesos penales, con incidencia supletoria del procedimiento por delitos graves, incluso a los especiales³⁰⁵.

Este verdadero “laberinto”, diseñado por el legislador, se observa en la actual reglamentación de la competencia, tanto de la fase preliminar, como del juicio oral, partiendo de los Juzgados de Paz, de los Juzgados de Instrucción, que incluso pueden juzgar las apelaciones de los fallos de los Jueces de Paz, de los Juzgados de lo Penal, de las Audiencias Provinciales, de la Audiencia Nacional y de los órganos superiores, con sus distintas salas. Una reordenación clara, objetiva y conforme con la realidad de un reparto igualitario entre los diversos órganos jurisdiccionales se presenta como una exigencia de la sana crítica.

³⁰³ Véase ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho procesal...*, cit., pág. 303; y ESCUSOL BARRA, E., *op. cit.*, pág. 47, en este sentido.

³⁰⁴ Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 850; MUERZA ESPARZA, J., *Derecho procesal...*, cit., pág. 653; y RAMOS MÉNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 6.

³⁰⁵ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Nuevos tribunales y nuevo proceso penal* (con DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., ZARZALEJOS NIETO, J., y MARÍA GONZÁLEZ, J.), La Ley, Madrid, 1989, págs. 197 y 198.

La necesidad de medidas diferenciadas para combatir el terrorismo y la acción de grupos armados dio vigencia a varias normas específicas, como el Real Decreto Ley de 4 de enero de 1977, modificado por la Ley de 4 de diciembre de 1978, por el Real Decreto Ley de 26 de enero de 1979, y por la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre. Se le aplican las disposiciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal.

Sin duda, merece destacarse la legislación especial respecto a de delitos y faltas que atentan contra los derechos fundamentales de la persona (Ley 62/1978, de 26 de diciembre), del *habeas corpus* (Ley Orgánica de 4 de mayo de 1984), y de los estados de alarma, excepción y sitio (Ley Orgánica 1 de junio de 1981).

El *proceso ordinario* por delitos, tras una fase de investigación preliminar, denominada sumario, obedece a otras dos etapas bien delimitadas: fase intermedia y juicio oral. La *notitia criminis* puede llegar al conocimiento del Juez instructor de manera informal, por vía oral o escrita -denuncia-, o bien por la manifestación formal de voluntad de ser parte activa -querrela-³⁰⁶ de la víctima, o de terceros -acusación popular-. La investigación realizada por la autoridad policial, materializada en el atestado, únicamente tiene valor de una denuncia, sin carácter probatorio, además de no ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia³⁰⁷, aunque también, el Juez puede tener conocimiento

³⁰⁶ La querrela se presenta por escrito ante el Juez, con la identificación del querellante y del querellado. Deberá contener la descripción del hecho con todas las circunstancias, la solicitud de las diligencias, y el *petitum* de admisión y práctica de los actos postulados. Además, deberá estar suscrita por abogado, presentándose por medio de procurador con poder bastante.

³⁰⁷ Según VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, págs. 35 y 36, el enunciado "presunción de inocencia" puede tener tres significados. Según el primero, resultado del debate doctrinal de las escuelas penales italianas acerca del proceso penal, es un concepto fundamental en torno al cual se construye todo un

directo de la práctica de un hecho criminal, por su notoriedad, por haberlo presenciado, o a través de la *vox populi*. En los supuestos de que la policía no actúe, ante la noticia de la infracción criminal, el interesado puede reproducirla ante el fiscal o ante el Juez. Por lo tanto, el atestado, la denuncia o la querella no constituyen actos previos necesarios para el inicio de la persecución criminal.

Esta actividad del Juez instructor, abandonada en la mayoría de los países del entorno europeo, es un resquicio de la fuerza inquisitiva, siendo dudosa una actuación imparcial, pues intervienen en la

modelo de proceso penal de corte liberal, garantizador de los derechos del imputado frente a la actuación punitiva estatal. El segundo, con base legal en el artículo IX de la DDHC de 1789, representa un postulado referente al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso. Según la tercera concepción, con base en los artículos 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la presunción de inocencia podría ser una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada. Las SSTC 66/89, de 17 de abril y 108/84, de 26 de noviembre bajo la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - “Caso Wemhoff” , “Caso Neumeister”, “Caso Stögmüller” y “Caso Matzhdetter- acude al contenido del artículo 6.2 del Convenio para decir que el derecho a la presunción de inocencia se considera compatible con la adopción de medidas cautelares y, más en concreto, con la adopción de la prisión preventiva que, a su vez, ha de hallarse sometida a un plazo razonable (art. 5.3 del convenio) en todo lo que afecta a los principios de libertad individual y a la propia presunción de inocencia. También, en la STC 142/86, se señala que la inocencia regulada en el artículo 24 de la Constitución Española debe entenderse en el sentido de no autoría, no producción de daño o no participación en él, pero no obliga a una consideración de carácter fortuito de los hechos. Véase, asimismo, las SSTC 173/85, de 16 de diciembre, y 49/1986, de 23 de abril.

preparación del material acusatorio, por más que la ley disponga que también deberá buscar elementos que favorezcan al sospechoso.

Cuando el hecho relatado en la denuncia o querella tiene el carácter aparentemente de delito, se inicia la *fase investigadora* -Juzgados de Instrucción, Juzgados Centrales de Instrucción, o Magistrado del Tribunal correspondiente si se trata de un aforado -denominada *instrucción sumarial, sumario o instrucción preliminar*, a través del auto de incoación del sumario. Predomina la forma escrita y las actuaciones se desarrollan bajo responsabilidad del Juez instructor, que investiga el hecho criminal y todas las sus circunstancias, con la finalidad de recoger elementos para que se ejerza o no una pretensión acusatoria³⁰⁸, y no de aportación de material probatorio para un juicio definitivo acerca de la culpabilidad. Por lo tanto, la fase preliminar constituye una etapa de preparación de la deducción o no de una pretensión acusatoria, pero no sirve de apercebimiento del juicio oral.

El Ministerio Público es una figura coadyuvante del Juez instructor, aunque se le pondrá en conocimiento del inicio de las investigaciones, para que se persone (art. 319 LECrim), se le oirá y podrá estar presente en determinados actos y circunstancias, inspeccionando todo el desenvolvimiento de la *persecutio criminis* (arts. 306 y 781.4 LECrim), pudiendo solicitar diligencias

³⁰⁸ Véase primera parte, capítulo II, número 2, letra B, sobre la naturaleza jurisdiccional y procesal de la fase preliminar. Según MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional III, proceso penal*, (con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 482 y 483, esta fase tiene por finalidad determinar los hechos y el presunto autor, adoptar las medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de sanciones económicas y posibles responsabilidades civiles -fianzas y embargos-, así como garantizar la presencia del imputado en el proceso -detención, prisión preventiva, libertad provisional-. Abarca desde el auto de iniciación hasta el de su conclusión, con las actuaciones de remisión de la causa al Tribunal competente para el enjuiciamiento y el emplazamiento de las partes.

(art. 311 LECrim). Al acusador particular se le otorga los mismos poderes jurídicos del fiscal (arts. 311 ó 471 LECrim), lo que no ocurre con el actor civil (art. 320 LECrim). Hay que tenerse en cuenta que al acusador particular se le puede vedar el conocimiento de las actuaciones por decretarse el secreto del sumario.

Hay que tenerse en cuenta que el Ministerio Público ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica a la Fiscalía General del Estado, nombrado a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial. La designación por el Ejecutivo provoca una polémica en torno de su independencia³⁰⁹.

Sin embargo, el Ministerio Público no es quien comanda o dirige la fase preliminar. Estamos pues, ante una paradoja: todo el material preparatorio para la deducción o no de una pretensión acusatoria es elaborado bajo la responsabilidad de un órgano judicial, que lo entrega al Ministerio Fiscal para que acuse o no.

³⁰⁹ Según DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9889, el defecto principal del Ministerio Fiscal español está en el enfoque “político-partidista” y no “jurídico-institucional” con lo que el gobierno designa el Fiscal General del Estado. Aún, pone de relieve que a partir de ahí se ha producido otro error jurídico, o sea, de “confundir el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno con una injustificada subordinación del Ministerio Fiscal al Ministerio de Justicia. Los miembros del Ministerio Fiscal pueden depender administrativamente de ese Departamento, pero ni tal dependencia debe manejarse como instrumento de sometimiento y acondicionamiento, ni ha de confundirse con una dependencia funcional, que ciertamente existe -a diferencia, y muy grande, de los Jueces y Magistrados-, pero no respecto del Gobierno o de un Ministerio, sino sólo del Fiscal General del Estado”.

El Juez instructor se vale del auxilio de la policía judicial³¹⁰ en las investigaciones, pudiendo tomar determinadas medidas cautelares *ex officio*, excepto las personales, que deberá ser a instancia de parte, oyéndose, asimismo, al imputado y su defensor (Leyes Orgánicas 5/95, de 22 de mayo, y 8/95, de 16 de noviembre). Sin embargo, la autoridad policial depende de una autorización del Juez para llevar a cabo medidas restrictivas de derechos fundamentales al sospechoso.

La protección de los derechos y de las garantías fundamentales del investigado -prisión, entrada y registro³¹¹, intervención telefónica, por ejemplo- deberían estar bajo responsabilidad de un sujeto ajeno a los intereses del órgano encargado de la *persecutio criminis*, pues su interés prevalente es la búsqueda de elementos incriminatorios del sospechoso, preparando la base para una pretensión acusatoria, aunque tenga el deber de buscar pruebas de cargo y de descargo. Con esto se evitaría incriminaciones a todo coste, con una posible contaminación de imparcialidad. Por lo tanto, pensamos que es fundamental la existencia de un tercero imparcial ajeno al encargado de la *persecutio criminis*, capaz de garantizar los derechos y las libertades fundamentales de los sospechosos, como ocurrirá en Francia, por ejemplo, con la entrada en vigor de la ley sobre la presunción de inocencia³¹².

³¹⁰ Como regla, la policía, ante la información de la ejecución de un hecho delictivo, inicia una investigación autónoma del delito, que la judicializa cuando concluye la investigación, o cuando le resulta necesario utilizar algún medio de investigación restrictivo de derechos fundamentales. Hay que consignarse que la policía, aunque deba cumplir las órdenes del Juez instructor, o del Ministerio Público, está subordinada al Poder Ejecutivo, más precisamente al Ministerio del Interior -policía estatal, autonómica y local-.

³¹¹ Véase HINOJOSA SEGOVIA, R., *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Edersa, Madrid, 1996, pág. 82, la posibilidad de que la diligencia sea efectuada por el Juez instructor.

³¹² Periódico El País de 2 de enero de 2001, pág. 24.

La policía judicial, de oficio, deberá intervenir siempre que tenga conocimiento de la práctica de un hecho delictivo que revista una infracción criminal pública, en sus tareas de rutina, o dando cumplimiento a diligencias solicitadas por el Juez instructor o por el Ministerio Público (arts. 284-291 LECrim).

En todo caso, consideramos que ninguna autoridad estatal encargada de la persecución criminal tiene autorización legal para iniciar sus actividades cuando la infracción criminal dependa de la manifestación volitiva necesaria de la víctima o de sus representantes legales, sin la debida autorización de procedibilidad. El deber jurídico de investigar y de acusar se restringe a las infracciones públicas, pues en las infracciones que se procesan por iniciativa exclusivamente particular, o que dependan de la manifestación volitiva del perjudicado, la ley otorga un poder de disposición de la iniciación de la *persecutio criminis* y de la acusación.

Por ser de coordinación judicial, se establece la normativa constitucional de la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE), admitiéndose el secreto³¹³ únicamente en las hipótesis previstas en ley. Está garantizada la

³¹³ Según el artículo 24.2 de la Constitución Española, todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Del artículo 120.1 de la Constitución Española se infiere que la actuación judicial será pública, con las excepciones previstas en ley. El artículo 232.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que la publicidad puede ser excepcionada por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, mediante resolución motivada. Del artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se infiere que el abogado o el procurador tienen acceso al sumario, y si se declara el secreto, no podrán revelarlo, pues pueden ser castigados criminalmente (arts. 417 y 466 CP). La STC 176/1988, de 4 de octubre, señaló que la posibilidad de prorrogación del secreto, previsto en el artículo 302, no puede generar indefensión. Teniendo o no valor probatorio, total o parcial, la fase de instrucción, conducida por la policía, Ministerio Público o Juez, en un Estado garantista de los derechos fundamentales, deberá revestirse de la publicidad a los sujetos afectados, admitiéndose únicamente el secreto como excepción. A terceras personas, no personadas en el proceso y al

defensa técnica³¹⁴ y la personal, incluso en el interrogatorio de las personas detenidas y en las diligencias investigadoras (art. 17.3 CE), bien como el doble grado, con el recurso contra las decisiones del Juez instructor a la Audiencia Provincial³¹⁵.

El imputado podrá permanecer preso preventivamente hasta dos años, prorrogables por igual período de tiempo. Reputamos extremadamente dilatado el plazo para que un individuo esté preso sin un juicio definitivo de culpabilidad, aunque haya control jurisdiccional de la prisión y sea posible modificarla durante todo el curso de la causa. Somos partidarios de que el legislador podría establecer una forma de control periódico de la prisión por el Juez, con la debida justificación de su mantenimiento, incluso con la posibilidad de examen y concesión *ex officio* en doble grado, o a instancia del propio imputado, o por provocación de las partes. Otra deficiencia con relación a los imputados presos es la no existencia de un plazo para el término de la investigación y del proceso.

Diversos actos pueden componer esta fase, tales como la detención, la prisión y libertad provisional, la entrada y registro en lugar cerrado, informes periciales, declaración de testigos, por ejemplo, que ARAGONESES

público, el secreto deberá ser la regla, debido a los juicios anticipados que suelen ocurrir. Respecto de la publicidad y secreto, véase la STC 13/1985, de 31 de enero, y la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 3/1993, de 16 de marzo.

³¹⁴ En caso de carencia de medios económicos, el sospechoso tiene derecho al nombramiento de un abogado de oficio, remunerado por el Colegio de Abogados, con los fondos recibidos del Estado para tal finalidad, conforme a la Ley 1/1996, de 10 de enero, y el Reglamento de 20 de septiembre de 1996.

³¹⁵ Cabe el recurso de apelación (arts. 313.2 y 789.5 LECrim) ante el archivo de la denuncia porque el hecho noticiado no constituye infracción criminal (art. 269 LECrim), por la inadmisión de la querella (art. 313 LECrim), por decretar el archivo de las actuaciones (art. 789.5 LECrim), ante el sobreseimiento provisional (789.5 LECrim), o de la remesa al Juez competente (art. 789.5).

MARTÍNEZ los clasifica como actos de averiguación, cuando tienen por objetivo conocer el hecho, sus circunstancias y el delincuente, actos limitativos de derechos, cuando tienen por finalidad recoger ciertos elementos que pudieran servir como medios de prueba -test alcoholométricos, registros, intervención en las comunicaciones, por ejemplo-, y medidas cautelares, que tienen por fin garantizar el eficaz desarrollo de la fase de declaración y/o de ejecución -prisión, fianzas, embargo-³¹⁶.

Resultando del periodo sumarial indicios razonables de criminalidad contra determinada persona, el Juez instructor dictará el auto de procesamiento, conforme al artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo un acto de imputación jurisdiccional. Una vez concluida la *persecutio criminis*, el Juez instructor, ante la existencia de indicios racionales de criminalidad, dicta un auto de conclusión del sumario y lo envía al Tribunal competente para el juicio oral, que también es el mismo que celebrará la fase intermedia, excepto las modificaciones de competencia. El sujeto, de sospechoso pasa a presunto culpable, procesado. El sobreseimiento no es dictado por el Juez instructor, pues podrá ocurrir en la fase siguiente.

La *fase intermedia*, -transición de la persecución criminal al juicio oral-, sirve para que el órgano jurisdiccional, y también las partes, examinen si el substrato material recogido es suficiente o necesita de otras diligencias complementarias, con vista a decretar la apertura del juicio oral, o decidir sobre el sobreseimiento de la causa.

Así, esta fase se destina a que se complete el material recogido en la fase anterior, y para que se verifique la existencia o no de los presupuestos a la

³¹⁶ En *Derecho procesal...*, cit., pág. 309.

apertura del juicio oral³¹⁷. Las partes³¹⁸ reciben traslado de la actuación anterior para que se manifiesten sobre la conclusión o la necesidad de realizar nuevas diligencias, o bien sobre el sobreseimiento de la causa. (art. 627, IV, LECrim).

Por lo tanto, el Tribunal podrá devolver el sumario al Juez instructor para que realice nuevas diligencias -revocación del auto de conclusión del sumario-. Así, la Audiencia Provincial y la Audiencia Nacional también ejercen un control sobre la fase preliminar, la cual, verdaderamente, se da por terminada en el inicio de la fase intermedia.

El principio de la amplia defensa y del contradictorio exige que se oiga al sospechoso y a su abogado defensor, antes de concluir la fase investigadora, tras la manifestación de la acusación -igualdad-, debido a la transcendencia que tienen las conclusiones del auto de procesamiento. Esto evita la devolución del auto al Juez instructor para nuevas diligencias, con aportación de mayores elementos a la decisión de archivo o sobreseimiento³¹⁹.

³¹⁷ Según MONTÓN REDONDO, A., *op. cit.*, págs. 482 y 483, el período intermedio determina si es o no correcta la declaración de conclusión del sumario, y si se dan o no los presupuestos necesarios para abrir el juicio oral.

³¹⁸ La STC 66/1989, de 17 de abril, ha puesto de relieve que el artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado conforme el principio de igualdad, imponiéndose dar traslado de las actuaciones, no sólo a las partes acusadoras, sino también del sujeto pasivo del proceso.

³¹⁹ Según MONTÓN REDONDO, A., *op. cit.*, pág. 485, hay la necesidad de intervención de abogado defensor desde que se dicte el auto de procesamiento. Adviértese que desde la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 4 de diciembre de 1978, que modificó el artículo 118 de la LECrim, se tiene este derecho desde que se es imputado. Por su parte, TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho procesal penal*, (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., y MUERZA ESPARZA, J.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, pág. 455, pone de manifiesto que es inadmisibles el olvido del legislador al imputado, pues puede tener interés en la práctica de nuevas diligencias, en pedir el sobreseimiento de la causa. Señala que la estructura contradictoria del

Realizada la fase intermedia -confirmación del auto que declaró terminado el sumario-, tras las peticiones de las partes -aunque la ley únicamente reserva la intervención a la acusación, el principio de igualdad y de contradicción exigen el ofrecimiento de las mismas oportunidades a la defensa-, el Juez dictará el auto de apertura del juicio oral o el de sobreseimiento, siendo esta fase de competencia de la Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional, órganos ante los cuales se realizará el juicio oral.

La resolución del órgano judicial determina el sobreseimiento libre o definitivo cuando no haya indicios racionales de haberse perpetrado el hecho (art. 637.1º LECrim); cuando éste no tenga apariencia de delito (art. 637.2º LECrim), o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los presuntos autores, en los supuestos de inculpabilidad (art. 637.3º LECrim), constituyendo motivos impeditivos de la deducción de una pretensión acusatoria, cuya decisión produce los efectos de cosa juzgada material³²⁰, y la terminación anticipada del proceso.

Cuando no hay pruebas suficientes para deducir una pretensión acusatoria, a pesar de la existencia del hecho (art. 641.1º LECrim), o no haya motivos suficientes para acusar a determinada persona (art. 641.2º LECrim), también ocurre el sobreseimiento. En estas dos últimas hipótesis, el sobreseimiento es provisional porque no es causa impeditiva de la deducción de una pretensión acusatoria, en caso de descubrimiento de nuevos elementos fácticos. Por esto, el archivo es provisional. Se admite el sobreseimiento total o

proceso penal y el principio de igualdad de partes exigen dar al imputado la posibilidad de intervenir en esta fase.

³²⁰ *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991, págs. 157-196, respecto del tratamiento de la cosa juzgada en materia criminal.

parcial, dependiendo de la cantidad de imputados, lo que ocurre también en el libre o definitivo.

Ante la existencia de un hecho típico, del procesamiento de un sujeto como responsable por el delito, y de la solicitud de la acusación de apertura del juicio oral, el Tribunal, al confirmar el auto de conclusión del período sumarial, dictará el auto de apertura del juicio oral.

La fase del *juicio oral* comprende una serie de actuaciones previas y la del juicio oral en sentido estricto -sesiones públicas-. Antes de la apertura del *juicio oral* propiamente dicho, el Ministerio Público formaliza la pretensión acusatoria -calificación provisional o escrito de acusación-³²¹. El escrito de calificación de la defensa -resistencia- es presentando de forma sucesiva al

³²¹ El escrito de calificación provisional contiene: el órgano judicial destinatario; la identificación del acusado; la descripción de los hechos punibles, con su calificación legal; la forma de participación; las agravantes, atenuantes y eximentes del delito; las penas en que hayan incurrido los imputados; la disposición respecto de los daños y sus responsables; la proposición de prueba; disposición respecto de las medidas cautelares. Este es presentado sucesivamente por las partes acusadoras, tanto en el proceso ordinario como en el especial destinado al Tribunal del Jurado, mientras que en el juicio abreviado, el plazo es simultáneo. En el procedimiento destinado a las faltas, no hay escrito de acusación. Hay que consignar que en el juicio ordinario existe la posibilidad de que la acusación y la defensa aleguen, en este momento procesal, las denominadas cuestiones previas previstas en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción, amnistía del delito, falta de requisitos para el procesamiento-, mientras que en el juicio abreviado, estas cuestiones son alegables en el propio juicio oral, con carácter previo, y en el procedimiento del jurado, en un trámite específico. Estas cuestiones previas obedecen a etapas procedimentales propias, aunque ocurran en el seno del proceso en que están siendo propuestas. Según la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el verdadero juicio empieza con la calificación provisional y la apertura de los debates, pues es donde se producirá la prueba, las partes tomarán sus armas de combate y el juzgador fallará, con abstracción de los elementos recogidos de la fase preliminar.

escrito de la acusación, tras el recibimiento del traslado de las actuaciones. Las partes, antes de la presentación de la pretensión y de la resistencia, pueden deducir cuestiones procesales -artículos de previo pronunciamiento-, suspendiendo el juicio oral -declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción, y otras cuestiones procesales-.

Mediante auto, el Tribunal declarará hecha la calificación, admitirá o no las pruebas, señalando día y hora para la vista oral, determinando las diligencias que se realizarán.

Se posibilita la conformidad del acusado con la pena más grave de las solicitadas, en el momento en que presenta el escrito de calificación provisional (art. 655 LECrim). Esta hipótesis será analizada detalladamente más adelante. Aquí se consigna el momento procesal en que ésta podrá ocurrir, y la existencia de divergencia doctrinal respecto de la admisibilidad de la conformidad en el procedimiento ordinario por delitos.

La fase del juicio oral, del plenario o decisorio, se desarrolla bajo la responsabilidad de un Juez (procedimiento abreviado) o Tribunal profesionales (procedimiento ordinario y avenido en caso que exceda de la competencia del Juez de lo Penal) -excepto en el Tribunal del Jurado-, distinto del órgano judicial que ha conducido la *persecutio criminis*. En esta etapa procedimental predomina la oralidad, con las consecuencias de la concentración, inmediación, en la línea del artículo 124 de la Constitución Española, y del artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Declarada abierta la sesión, el Secretario leerá los escritos de calificación, la lista de peritos y testigos, y demás actos procesales practicados. A continuación se le pregunta al imputado si quiere declarar y si quiere

conformarse con la acusación (688.2º LECrim). Éste es el segundo momento, según el legislador, en que puede ocurrir la conformidad en el procedimiento ordinario.

La prueba³²² se producirá bajo la oralidad y publicidad, como determina la norma constitucional (arts. 24.2 y 120 CE)³²³. Concluida su producción, la etapa siguiente es la calificación definitiva de la acusación y de la defensa. Las partes podrán simplemente ratificar el escrito de calificación anterior, o ser planteada la modificación de la calificación jurídica del hecho (art. 733 LECrim). Tras el uso de la palabra por la acusación y por la defensa técnica, el acusado también tiene la posibilidad de usarla (art. 739 LECrim). La sentencia, debidamente fundamentada (art. 120.3 CE), deberá ser congruente con los

³²² Asimismo con la garantía de la publicidad y de la contradicción, los elementos y circunstancias recogidos en la fase preliminar no sirven como prueba, excepto si fueren ratificadas en el juicio oral, o en caso de tratarse de una prueba de difícil o imposible repetición, como el test de alcoholemetría (SSTC 100/1985, de 3 de octubre, 101/1985, de 4 de octubre, 145/1985, de 28 de octubre, y 173/1985, de 16 de diciembre). Como regla, la proposición de la prueba ocurre en el escrito de calificación (arts. 656, 657, 790, 5º LECrim). La prueba que se practica resulta de la proposición de las partes, o de las diligencias determinadas por el Juez o Tribunal para la comprobación de hechos relevantes para la causa, contenidos en el escrito de calificación, con la finalidad de reconstruir los hechos de forma más cercana a la realidad (art. 729.2 LECrim).

³²³ En la *praxis* forense se observa alguna restricción de registros fotográficos y sonoros, con fundamento en la protección a la imagen de los acusados y testigos (arts. 18.1 y 20.4 CE). La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal establece las posibilidades de restricción de la publicidad, en los artículos 680, 2º y 3º, 681 y 682. La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, en su artículo 43 también contiene normas restrictivas. Las SSTC 20/1986, de 20 de febrero, 96/1987, de 10 de junio, y 176/1988, de 4 de octubre, se refieren a la garantía de la publicidad del juicio oral. Incluso, el escrito de calificación, aunque sea escrito, deberá ser leído en la vista oral (art. 701 LECrim). La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 232 reproduce el contenido del artículo 120.1 de la Constitución Española respecto de la publicidad.

hechos y solicitud de pena de la acusación, con posibilidad de impugnación por medio de la casación ante el Tribunal Supremo.

Esta fase se rige por los principios de oficialidad -legalidad procesal-, audiencia, igualdad de partes, imparcialidad del juzgador, oralidad -con los corolarios criterios de la concentración, inmediación y publicidad-.

En el *procedimiento abreviado*³²⁴, la fase investigadora, que también puede ser realizada por el Ministerio Público (art. 785 bis LECrim), se denomina diligencias previas, de competencia del Juzgado de Instrucción o del Juzgado Central de Instrucción. Incluso, el Ministerio Público puede ser el destinatario de la *notitia criminis*, que, en estos casos, se denominaría “predenuncia”³²⁵, para diferenciarla de la destinada al órgano judicial.

El Ministerio Público en el momento en que pide la apertura del juicio oral, puede presentar ya el escrito de acusación -deducción de la pretensión acusatoria-. De cualquier forma, el Juez entrega las actuaciones a la defensa para que pueda resistir a la pretensión acusatoria. La competencia para el archivo o sobreseimiento es del Juez instructor que, incluso, puede decretarlo

³²⁴ Vid. ORTELLS RAMOS, M., “Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, págs. 113-146, un análisis completo de los aspectos formales y sustanciales de las tres fases del procedimiento abreviado. Asimismo, FERNÁNDEZ BERMEJO, M., “El fiscal en el proceso abreviado de la ley orgánica 7/88”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, págs. 239-251, señala las novedades introducidas por la nueva ley, principalmente respecto a la actividad de instrucción del Ministerio Público. Vid., también, la STC 186/90, respecto del contenido formal y sustancial de las tres fases en el procedimiento abreviado.

³²⁵ Véase MUÑOZ ROJAS, T., “Una síntesis del proceso penal abreviado. (ley orgánica 7/1988)(I)”, en *Actualidad Penal*, 1989, núm. 2, pág. 2142.

de oficio (art. 790.6 LECrim). Siendo competente para la fase siguiente, el Juez instructor deberá dictar un auto de conclusión de la fase preliminar y apertura de la fase intermedia³²⁶, que también se conoce por preparación del juicio oral, prosiguiendo la misma. En este procedimiento, el Ministerio Público puede pedir que se pase directamente del procedimiento investigatorio a la fase del juicio oral, simplificando el procedimiento, cuando las pruebas sean suficientes para mantener la pretensión acusatoria -evidencia delictiva-, ofreciendo acusación inmediata (art. 790.1 y 6 LECrim), o cuando hubiera el reconocimiento de los hechos (art. 789.5, quinta LECrim). Esto atiende la línea de la Recomendación 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que señala la no existencia de carácter general u obligatorio de esta fase, sino cuando sea útil, y para el subsiguiente establecimiento de culpabilidad o inocencia del sospechoso.

Por lo tanto, la fase intermedia no es obligatoria. Los escritos de acusación y de defensa se presentan en la fase de diligencias previas, o en la fase intermedia. La apertura o no del juicio oral la estima el Juez instructor, en auto irrecurible, remitiendo los autos al órgano jurisdiccional competente. Es competente para el juicio oral el Juzgado de lo Penal cuando la pena privativa de libertad no alcanza a los cinco años -con apelación ante la Audiencia Provincial-, la Audiencia Provincial, o la Audiencia Nacional en los demás supuestos -con casación ante el Tribunal Supremo-, salvo los casos especiales de aforados en los que se modifica la competencia y el régimen de recursos, en su caso.

³²⁶ Según la STC 186/90, de 15 de noviembre, aunque la ley no especifique que se deba dictar un auto conclusivo de la fase persecutoria, en el procedimiento abreviado, ésta resulta implícita de la regla cuarta del artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el entendimiento de ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho...*, cit., pág. 315, la conclusión “se produce implícitamente cuando el Juez de instrucción dicta resolución acordando seguir los trámites del proceso abreviado”.

Recibidas las actuaciones, el órgano jurisdiccional dictará auto sobre la admisibilidad de las pruebas, designando día y hora para la vista oral. Tras la lectura de los escritos de acusación y de defensa, las partes podrán solicitar un turno de intervenciones previas -competencia, vulneración de algún derecho fundamental, artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión de la vista, reproducir la petición de práctica de prueba rechazada en la apertura del juicio oral, por ejemplo-. No habiendo conformidad, se producirá la prueba y se abrirá el trámite de conclusiones definitivas e informes, dictándose sentencia.

En este procedimiento es donde se evidencian las manifestaciones de consenso en el proceso penal español a través del reconocimiento de los hechos y de la conformidad. Este instituto, que ya era conocido, fue ampliado considerablemente, como veremos más adelante.

Hay que señalar, como ha puesto de manifiesto MONTÓN REDONDO, la potenciación de las garantías de las víctimas -nuevo sistema de fianza, pensión provisional, intervención del vehículo, con retención del permiso de circulación-, de los imputados -nombramiento de defensor, identificándose en él las funciones de defensa y representación, recurso de anulación de las sentencias en ausencia del acusado y prohibición de condena superior a la sanción postulada-, y el incremento de las funciones del Fiscal y de la policía judicial ³²⁷.

La propuesta del legislador de simplificación de las actuaciones se observa en los siguientes supuestos: posibilidad de formación de piezas separadas para el enjuiciamiento de delitos conexos y para juzgar a cada uno de los imputados (art. 784.7 LECrim); agilización del tratamiento de las cuestiones

³²⁷ *Op. cit.*, págs. 498-501. Asimismo, véase, GIMENO SENDRA, V., en *Derecho...*, cit., págs. 886-892; y MUÑOZ ROJAS, T., “Una síntesis...”, cit., págs. 2142-2144.

de competencia (art. 782 LECrim); agilización de la fase preliminar, con posibilidades de su supresión (arts. 789.3 y 789.5 LECrim); la conducción de la fase intermedia por el mismo Juez que ha comandado las investigaciones preliminares, a quien compete examinar la suficiencia de la pretensión acusatoria -escrito de acusación-; la apertura, a instancia de parte, de un trámite sanatorio previo a la vista oral (art. 792.1 LECrim); posibilidad de celebración de la vista en ausencia del acusado (art. 793. 1 LECrim); limitación del ámbito de la apelación contra resoluciones interlocutorias (art. 787 LECrim), con la posibilidad de que la sentencia sea declarada firme en el acto del juicio oral (art. 794.2).

El llamado juicio rápido, introducido por la Ley 10/1992, es así denominado porque permite que el Juez instructor, cuando considere que existen elementos suficientes para mantener una acusación, dar traslado del expediente a las partes acusadoras para que deduzcan la pretensión -incluso pueden hacerla en el propio servicio de guardia del juzgado-. También posibilita que el fiscal presente inmediatamente el escrito de acusación con solicitud de apertura del juicio oral, en las hipótesis de flagrancia o evidencia de los hechos, dándose traslado a la defensa, con convocatoria al juicio oral. La tercera hipótesis que origina el juicio directísimo es el reconocimiento de los hechos por el sospechoso.

El *procedimiento respecto de las faltas* pretende que se pase de la *noticia criminis* al juicio oral, donde la acusación y la defensa se producen oralmente, o como ha señalado HINOJOSA SEGOVIA, se constituye en un

proceso rápido y sencillo, desprovisto de formalidades e inspirado por los principios de publicidad, oralidad y concentración³²⁸.

Ocurre que para saberse, por lo menos que se trata de una falta y no de un delito, muchas veces, se hace necesaria una investigación, aunque breve, del hecho, de sus circunstancias y de su autoría, que se ha tornado habitual en la práctica.

Las faltas tipificadas en los artículos 620, 626, 630-633 del Código Penal, son de competencia del Juez de Paz, y las demás de los Juzgados de Instrucción. La acusación es oral, con la llamada y presencia obligatoria del denunciante, con defensa oral o escrita y sentencia en el acto, con posibilidad de apelación para el Juzgado de Instrucción -competencia del Juez de Paz-, o a la Audiencia Provincial -competencia del Juzgado de Instrucción-. Por lo menos, aquí se respeta el principio del doble grado de jurisdicción.

El juicio empieza con la lectura de la denuncia o querella, siguiéndose la escucha de los testigos de cargo, del acusado y de los testigos de descargo. El imputado deberá encargarse de la prueba que quiera producir en el juicio verbal. Practicadas las demás pruebas pertinentes, las partes, y por último el acusado, podrán exponer sus pretensiones y resistencias. Por lo tanto, es un juicio de fase única.

La remisión al “criterio del Juez” en los supuestos de que la falta se persiga ante denuncia del ofendido, posibilita que haya un proceso y una sentencia sin pretensión y, lo que es más grave, en evidente ofensa al principio acusatorio, pues convierte al juzgador en acusador. Además,

³²⁸ En *Derecho procesal penal*, (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J.A.), Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, pág. 727.

no se respeta el derecho a un Juez imparcial. Una vez satisfecha la condición de perseguibilidad, el fiscal tiene el deber de actuar. No se trata de simple orientación tipificadora como hace creer la STC 56/1994, de 24 de febrero, sino de calificación de los hechos, de atribución de la condición de acusador y no de Juez. Lo más criticable es la posibilidad de celebración del juicio sin la presencia del fiscal, que es el órgano acusador, el titular de la pretensión acusatoria.

El auto de incoación del *procedimiento ante el Tribunal del Jurado* abre la fase preliminar investigadora. En esta fase, la acusación y la defensa pueden presentar los escritos de conclusiones provisionales, siguiendo la fase intermediaria, con la audiencia preliminar, bajo la oralidad, con la práctica de las diligencias y decisión sobre sobreseimiento, o apertura del juicio oral³²⁹. En éste se deciden las cuestiones previas, dictándose un auto de hechos justiciables.

Lo que diferencia este procedimiento especial del Tribunal del Jurado, es que es un Tribunal especial, pues no está sometido al control del Consejo General del Poder Judicial. En esta fase, no se envía todo el expediente investigatorio, con la alegación de evitar la contaminación de los Jueces legos. En el momento de las preguntas a los testigos, lo máximo que puede hacerse es cuestionar la persona que está prestando la declaración sobre las contradicciones entre lo dicho anteriormente y lo que está diciendo en el momento. Así, los jurados únicamente pueden valorar la prueba que se ha producido en su presencia.

³²⁹ Según GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 873, con la presentación de los escritos de solicitud de sobreseimiento o de petición de apertura del juicio oral y de acusación de las partes se inicia la fase intermedia, la cual finaliza con el auto de sobreseimiento o de apertura del juicio oral. La audiencia preliminar es el acto más importante de la fase intermediaria, pues le da la oportunidad al instructor de que pueda adoptar cuatro soluciones: la práctica de oficio de alguna diligencia, el sobreseimiento, el cambio de procedimiento, o el auto de apertura del juicio oral.

Tras la constitución del Tribunal del Jurado -sorteo de candidatos y selección de los designados para la causa, extraídos de la lista bienal-, ocurre la celebración del juicio oral donde las partes explican sus posiciones a los jurados -turno de alegaciones preliminares, ocasión en que también pueden pedir la práctica de otros medios de prueba-, practicándose la prueba. En las conclusiones definitivas no se puede ampliar los hechos y, cuando esto ocurre, se suspende el juicio para que haya contradicción. Los informes de las partes encierran la etapa que antecede al veredicto -determinación del objeto del veredicto, instrucciones a los jurados, deliberación, votación y sentencia-. La Ley admite apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, y casación ante el Tribunal Supremo, debiendo tenerse en cuenta los casos de aforados, en los que se modifica, en su caso, el régimen de recursos. Es posible la disolución del Tribunal del Jurado por el Magistrado-Presidente, ante la conformidad con la pena más grave, o la retirada de la acusación, o la manifiesta insuficiencia de pruebas -casos estos últimos en que se produce la absolución-.

El sistema procesal penal español se funda en los fenómenos de la internacionalización y de la constitucionalización³³⁰ de principios o criterios del derecho, principalmente a partir de la Constitución de 1978. El artículo 10.2 de la Constitución Española establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas en la Constitución Española se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, los cuales integran el ordenamiento jurídico como fuentes normativas (arts. 93-96 CE).

³³⁰ Según ROXIN, C., *Derecho procesal...*, cit, pág. 10, el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado.

En esta línea, se destaca el artículo 24 de la Constitución Española, cuando reconoce el derecho a la libertad, a una tutela judicial efectiva y pública, a la defensa, a un Juez legal, al derecho de ser informado de la acusación, a un proceso sin dilaciones indebidas, al silencio, y a la presunción de inocencia. Además del extenso catálogo de los derechos fundamentales y libertades públicas, que llevan a un hipergarantismo criminal, se reconoce la denuncia de la violación de estos derechos, previo agotamiento de las instancias ordinarias, ante el Tribunal Constitucional, por vía de amparo (arts. 15-29 y 53.2 CE).

La Cuestión de Inconstitucionalidad también es el medio adecuado para el control abstracto y concreto -solicitud de un Juez o Tribunal ante un caso específico- de la constitucionalidad de las leyes. Este sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes limita la creación jurídica en manos de un único órgano jurisdiccional, cuya composición puede estar vinculada a nombramientos de política-partidaria. Se retira del Juez o del Tribunal la posibilidad de declarar una ley inconstitucional al caso concreto -control difuso-.

Además de la distribución de las funciones de acusar y de juzgar a órganos diferentes, como afirma DAMIÁN MORENO, la estructura del ordenamiento procesal en materia penal “radica en el hecho de que no puede decretarse la apertura del juicio oral si no existe alguien que venga dispuesto a sostener la acusación frente a quien se considera sujeto, responsable de la conducta delictiva”³³¹. Con la obligatoriedad de la asistencia de abogado letrado se garantiza el contradictorio y la defensa técnica³³².

³³¹ “La *inquisitio generalis* como alternativa al sobreseimiento provisional”, en *La Ley*, 1995, núm. 1, pág. 950.

³³² *Vid.* la STS de 4 de noviembre de 1996 (RA 8044), cuando señala que el principio acusatorio, según el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, está implícito en el derecho

La víctima, además de la *notitia criminis*, puede constituirse en parte en el proceso penal, personándose en un proceso ya iniciado, o deduciendo una pretensión en una querella, de forma autónoma con relación a la acusación oficial -acusación particular-. Asimismo, puede intervenir como actor civil en el proceso penal, aunque el ejercicio de la acción penal implique, salvo renuncia del perjudicado, también la deducción de una pretensión civil reparadora de los daños materiales y morales devenidos del hecho criminal. La absolución en el proceso criminal no impide la deducción de una pretensión ante la jurisdicción civil.

El legislador de 1988, al introducir el procedimiento abreviado, entre las diversas funciones atribuidas al Ministerio Público, le otorgó la de velar por la protección de los derechos de la víctima (art. 781 LECrim).

Como regla, la acusación está a cargo del Ministerio Público, órgano oficial. Sin embargo, en los delitos de injuria y calumnia contra particulares³³³, únicamente la víctima o su representante legal tienen legitimidad para deducir una pretensión acusatoria -acusador privado-, posibilitándose, asimismo, al Ministerio Público, en la existencia de un interés público, la deducción de la pretensión acusatoria.

A pesar del deber de actuar de oficio, hay determinados delitos -reproducción asistida inconsentida, delitos contra la libertad sexual³³⁴, injurias

a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y la prescripción de toda indefensión, conforme artículo 24 de la Constitución Española.

³³³ Vid. el artículo 215 del Código Penal. En estos casos, únicamente se procede mediante querella -querella privada-. Además de *notitia criminis*, en ella el querellante manifiesta la voluntad de constituirse en parte en el proceso penal que venga a ser incoado.

³³⁴ Del artículo 191 del Código Penal se infiere que para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abuso sexuales es preceptiva la denuncia de la persona agraviada, de su representante

o calumnias contra funcionario público³³⁵, abandono de familia³³⁶, daños³³⁷, por ejemplo-, y faltas³³⁸ en que este deber nace a partir de una manifestación del ofendido o de sus representantes -“delitos semipúblicos” o “semiprivados”-³³⁹.

Una de las particularidades del derecho español es la previsión constitucional de la posibilidad de cualquier ciudadano para deducir una pretensión penal acusatoria, ocasionando la acumulación de partes en el polo activo del proceso. Es la denominada acción popular, representante de un derecho penal como *primera ratio* y no de *ultima ratio*, pues posibilita la utilización del proceso penal para la deducción de intereses particulares de forma gratuita, sin que las fianzas impidan su ejercicio (art. 20.3 LOPJ), ya que el interés público está conferido al Estado.

Así, podemos decir que la acusación no es monopolio del Estado, pues coexisten el acusador oficial, el privado y el popular, lo que fortalece el polo activo del proceso penal, en detrimento del polo pasivo. Esta carga acusatoria aumenta con la deducción de una pretensión de naturaleza civil, tanto por el

legal, o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

³³⁵ Vid. artículo 215 del Código Penal.

³³⁶ Según artículo 228 del Código Penal.

³³⁷ Véase el artículo 267 del Código Penal.

³³⁸ Según el artículo 620 del Código Penal, las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, o el acto de sacarlos en riña, siempre que no sea en justa defensa y no constituya delito, así como las amenazas, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, se perseguirán sólo mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

³³⁹ En estos casos se procede mediante denuncia del ofendido o de su representante legal -denuncia privada-, la cual es condición de procedibilidad del órgano acusador oficial, además de constituirse en *notitia criminis*.

ofendido, como por un tercero perjudicado, no ofendido por el delito -actor civil, parte contingente-.

El procedimiento penal no seguirá su cauce natural en ausencia del acusado, excepto cuando la pena solicitada es de multa o de prisión inferior a un año, con previsión de un recurso específico de anulación, además de la apelación.

Todos los que intervienen en el proceso, tienen el deber de buscar no sólo los elementos y circunstancias incriminatorias, sino también los que son favorables al presunto reo. Además, tienen el deber de orientar al imputado que no esté asistido por abogado, de sus derechos, incluso de los recursos pertinentes (art. 2 LECrim). Esta disposición de la ley ordinaria se conforma con el derecho que tiene el justiciable de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, que velarán para que no se produzca indefensión (art. 24.1 CE).

El derecho de defenderse nace a partir del conocimiento, formal o informal, a pesar de la redacción del artículo 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que existe una sospecha de la práctica de un hecho con apariencia de infracción criminal, pasando por el derecho de no autoincriminarse, hasta la utilización de la última palabra en el juicio oral (art. 739 LECrim), siempre con defensa técnica garantizada, con defensor elegido o nombrado de oficio. El abogado tiene competencia para representar y asistir el sospechoso o acusado, aunque es posible la intervención facultativa de procurador en sede de abreviado hasta el trámite de calificación.

Además de estos derechos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Constitución Española garantiza al justiciable el derecho de no declarar contra sí mismo, incluso el detenido, y de no ser obligado a confesarse

culpable (arts. 17.3 y 24.2 CE), de ser presumido inocente hasta la firmeza de una sentencia penal condenatoria. Se asegura al ciudadano el trato humano, con prohibición de la tortura³⁴⁰, de la pena de muerte y de los tratos degradantes (art. 15 CE), además del derecho a un Juez predeterminado por la ley³⁴¹.

Según HINOJOSA SEGOVIA, en lo que atañe a los recursos, el panorama actual “queda como sigue: el proceso ordinario (además de los procesos especiales que se tramitan conforme a su procedimiento) y el abreviado, cuando la competencia objetiva se atribuye a las Audiencias Provinciales (o Audiencia Nacional), son procesos de única instancia; el juicio de faltas y el procedimiento abreviado, atribuido éste a los Juzgados de lo Penal (o Centrales de lo Penal), son procesos de «doble instancia»; y el proceso ante el Tribunal del Jurado admite una *sui generis* apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y casación posterior”. Como caso especial, señala que cuando el encausado es un aforado, ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la sentencia sólo es recurrible en casación. Mientras que, cuando el fuero corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la sentencia no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno³⁴².

FONT SERRA explica que “el legislador español de 1882 concibió el proceso penal como un proceso de instancia única. En esta concepción siguió a

³⁴⁰ La Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1984, que prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, fue ratificada por España (BOE de 9 de noviembre de 1987).

³⁴¹ Los artículos 304 y 305 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal posibilitan el nombramiento de Jueces especiales para la fase preliminar. Incluso, los Jueces de instrucción pueden delegar en los Jueces de paz algunas diligencias instructoras (art. 100.2 LOPJ).

³⁴² “Consideraciones generales sobre los recursos en materia penal, con especial referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1999, núm. 2, pág. 311.

los Códigos Procesales del siglo XIX de algunos países europeos, donde la instancia única tenía su razón de ser en la instauración del jurado. No parecía coherente que el veredicto del jurado pudiera ser revocado a través de un nuevo juicio sobre los hechos emitidos por un tribunal de apelación. Además, para el pensamiento de finales del siglo XIX, la segunda instancia en el proceso penal era un atentado no sólo contra los principios de oralidad e inmediación, sino también contra la apreciación de la prueba por el tribunal «siguiendo libremente las inspiraciones de su conciencia» (según puede leerse textualmente en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)³⁴³.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 1966, señala que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidos a un Tribunal superior (art. 14.5)³⁴⁴. En la misma dirección se contempla este derecho en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 2.1), y en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6). A pesar de esto, estos procedimientos no siempre obedecen al principio del doble grado de jurisdicción.

Únicamente la previsión de un recurso de apelación, de impugnación de todas las sentencias de primera instancia garantizaría la integridad del principio

³⁴³ “En torno a la reformatio in peius en el proceso penal”, en *La Ley*, 1989, núm. 4, pág. 1214.

³⁴⁴ Según FONT SERRA, E., “En torno...”, cit., pág. 1215, “conciliar este mandato legal con un sistema procesal penal sin doble instancia es imposible”.

del doble grado³⁴⁵. La casación³⁴⁶, debido a la limitación de sus motivos, no cumple con esta finalidad, expresada en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Se observa que para delitos que alcanzan bienes jurídicos más valiosos, a los cuales están previstas penas mayores, no se garantiza el doble grado de jurisdicción, pues sólo cabe casación, excepto en los delitos de competencia del Tribunal del Jurado, mientras tanto que para las faltas y delitos con pena privativa de libertad hasta los cinco años o multa se propicia el recurso de apelación, la cual únicamente se admite por motivos tasados (infracción de preceptos constitucionales, infracción de ley, quebrantamiento de forma -vicios del proceso o de

³⁴⁵ Véase HINOJOSA SEGOVIA, R., “Consideraciones...”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1999, núm. 2, pág. 317 y 318, el alcance de las expresiones «doble instancia», que supone un nuevo examen de la causa por un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior al que dictó la resolución impugnada -apelación-, y «doble pronunciamiento», que implica sólo una revisión de la causa en base exclusivamente al material aportado en la primera instancia. En la página 342, se decanta por “la generalización de la «segunda instancia», mediante la implantación de un recurso de apelación limitada, para así dar cumplida respuesta al reconocimiento del «derecho al recurso»”.

³⁴⁶ La STC 140/85, de 21 de octubre, señala que el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, “no incumple el derecho a un doble pronunciamiento jurisdiccional, salvo cuando la ley lo establezca, sin perjuicio de las peculiaridades en materia penal, ámbito en que el legislador debe prever un sistema de recursos aplicables en todo caso”, interpretándose el artículo 24.1 de la Constitución Española, con el artículo 10.2 de la Constitución Española, y con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas disposiciones no son suficientes, por sí mismas, “para crear recursos inexistentes, pero sí obligan a entender que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable de un recurso de ese género todas las normas de Derecho Procesal Penal”. Asimismo, la STC 154/87, de 14 de octubre, cuando subraya que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 10.2 y 24.1 de la Constitución Española, “no suponen que el condenado tenga un derecho absoluto e incondicional a que se admita su recurso, pues “el legislador puede limitar su interposición y rodearlo de presupuestos y requisitos especiales”.

la sentencia-). La posibilidad de llegar a casación no suple la garantía del doble grado, exigiéndose el establecimiento por el legislador del recurso de apelación.

2) LEGALIDAD, OPORTUNIDAD Y CONSENSO

El principio de legalidad, en lo que respecta al Derecho penal, está ampliamente reconocido en el ordenamiento jurídico español. Viene garantizado expresamente por la norma constitucional, cuando establece que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE), e incluso reconoce el efecto prohibitivo de la retroactividad en *malam partem* (art. 9.3 CE).

Sin embargo, estas disposiciones no reflejan todas las garantías del principio de legalidad, pues la garantía penal y la de ejecución no resultan explícitas, además de no haber referencia a las medidas de seguridad, a la prohibición de la analogía *in malam partem*, y de la indeterminación descriptiva. La garantía penal, puede, de forma implícita, ser inferida del artículo 9.3 de la Constitución Española³⁴⁷.

La doctrina del Tribunal Constitucional señala que el principio de legalidad es un derecho fundamental del ciudadano, típico de un Estado de derecho establecido en la Constitución Española, cuya legitimidad está en que el legislador es quien define los hechos y las sanciones criminales, propiciando que el ciudadano ordene su conducta en dirección a la paz social. Además de garantizar la seguridad jurídica, tal

³⁴⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, pág. 326.

postulado sirve como autolimitación del poder y del arbitrio. Dentro de estos postulados, reconoce que no se aplica la interpretación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad, como ocurre cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes con relación al ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica ³⁴⁸.

Esta garantía de reserva absoluta de ley, según el artículo 25.1 de la Constitución Española, se extiende al derecho administrativo sancionador, aplicándose, como consecuencia, el principio de legalidad también a las normas dictadas por la administración pública, cuando establece los hechos constitutivos de las sanciones administrativas, su naturaleza y duración.

Los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución Española únicamente fundamentan el principio de legalidad en la dimensión de la potestad punitiva, de forma incompleta. Hay que buscar la integración del principio en la protección de los derechos fundamentales y en las garantías del ciudadano, o sea, su esencia. Por esto, la doctrina se decanta por la fundamentación también en la vinculación de todos los poderes públicos a la ley, la cual deberá respetar, aún, el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales (art. 53.1

³⁴⁸ En la STC 142/1999, de 22 de julio, consta un resumen de la doctrina respecto del principio de legalidad. *Vid.*, asimismo, la STC 62/1982, de 15 de octubre, donde el Tribunal Constitucional exige que el legislador haga el máximo esfuerzo para salvaguardar el principio de legalidad, y la STC 232/1997, de 16 de diciembre que reconoce que la exigencia de ley previa, escrita, cierta y determinada, y la prohibición de la analogía, hacen parte del contenido del principio de legalidad penal. Además, la STC 62/1982, de 15 de octubre, otorga al principio de legalidad la función de cimiento del Estado de Derecho y de seguridad de los justiciables.

CE). Además, las leyes orgánicas deberán buscar el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art. 81.1 CE)³⁴⁹.

Según el artículo 149.6 de la Constitución Española, la competencia *ratione materiae*, en materia de Derecho penal es exclusiva del Estado, lo que prohíbe a las Comunidades Autónomas crear infracciones criminales y establecer sanciones penales³⁵⁰.

La garantía jurisdiccional está establecida en los artículos 24 y 117.3 de la Constitución Española, en la medida que las sentencias únicamente pueden ser dictadas por los Jueces o Tribunales competentes, predeterminados por la ley, tras el cumplimiento de todas las garantías legales, incluyéndose el proceso debido.

El Código Penal también acoge este principio y sus consecuencias cuando señala que no será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración, y las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley (art. 1), con aplicación retroactiva de las leyes más benévolas, aunque haya recaído sentencia firme (art. 2). Asimismo, las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (art. 4.1 CP). También establece que son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 CP).

³⁴⁹ En MIR PUIG, S., *op. cit.*, págs. 80 y 81. Según PRATS CANUT, J.M., *Manual de derecho penal, parte general*, (con QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F.), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 72, todos los tipos penales afectan a los derechos fundamentales, de forma general, y las sanciones los restringen de forma concreta. Como la sanción penal supone la lesión de un derecho fundamental, toda la materia penal deberá ser regulada por ley orgánica -artículo 81.1 de la Constitución Española, informador de la reserva absoluta de la ley para el Derecho penal-.

³⁵⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, págs. 331 y 332.

La garantía de ejecución está prevista en el artículo 25.2 de la Constitución Española, que garantiza al condenado el respecto a sus derechos fundamentales, excepto los que se vean limitados por el fallo. Además, el artículo 3.2 del Código Penal prohíbe la ejecución de la pena y la medida de seguridad de forma distinta de la prevista legalmente, y la Ley General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre) determina el desarrollo de la actividad penitenciaria con las garantías y limitaciones legales (art. 2).

Del propio artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se infiere que la pena es consecuencia de la práctica de un acto punible. Entonces, fuera de la previsión legal típica no hay sanción criminal.

Desde el prisma del derecho procesal penal, también se puede afirmar que el ordenamiento jurídico adopta la legalidad como principio rector. La norma constitucional, en el título preliminar (art. 9.3) señala que el principio de legalidad está garantizado, sin hacer referencia al derecho penal o al procesal, concluyéndose que se aplica también al derecho procesal. En el título referente al Poder Judicial, dispone que el Ministerio Público tiene la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, ejerciendo sus funciones sujeto al principio de legalidad (art. 124 CE). Sus funciones son de acusar, de sostener la acusación, y de ejecutar la resolución judicial.

Ya la Constitución Política de la Monarquía Española, aprobada en Cádiz en 1812, en su discurso preliminar (núm. XXXV), además de señalar que la reforma de las leyes criminales era, sobre todo, muy urgente y no admitía dilación en su mejora, ponía de manifiesto que se necesitaba de leyes que castigasen los delitos y, al mismo tiempo, que protegiesen la inocencia, con prontitud e imparcialidad. Así, se observa que desde aquella época, hay una preocupación en que las leyes criminales sirvan no sólo para castigar, para la aplicación del *ius*

puniendi, sino también como protección y garantía del derecho de libertad y de la inocencia³⁵¹.

El principio de necesidad referido al ejercicio de la acción penal, es, en el entendimiento de DE LA OLIVA SANTOS, insoslayable consecuencia o expresión parcial de la existencia constitucional (art. 124.2 CE) de que el Ministerio Fiscal actúe con sujeción al principio de legalidad, a quien no cabe atribuir, en virtud de un juicio de oportunidad, la facultad de dejar de acusar o dejar de calificar la conducta aparentemente punible³⁵².

El fiscal, al formalizar la acusación -calificaciones provisionales- deberá, en obediencia al principio de legalidad, considerar todos los elementos y circunstancias fácticas relevantes. En ella, deduce la pretensión acusatoria, delimitando la acusación y vinculando el Tribunal en la sentencia. Esta delimitación conlleva tanto el elemento objetivo de la pretensión -hecho-, como el subjetivo -personas acusadas-.

La imposición de una sanción criminal únicamente es posible a través de un proceso conducido por un Juez competente, de conformidad con las leyes del ordenamiento jurídico español. Esta disposición es la portada de honor de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, con efectos de derecho material y procesal.

La *notitia criminis*, en forma de denuncia, querella, atestado de la policía, u otros medios informales -conocimiento privado, prensa, etcétera-, obliga al Juez instructor a iniciar el procedimiento preliminar investigatorio. Este deber también incumbe a la policía judicial (art. 282 LECrim) y al

³⁵¹ DE MIGUEL Y ALONSO, C., “El largo camino de la ley 7/88...”, cit., pág. 117.

³⁵² En “Voto particular...”, cit., pág. 761.

Ministerio Público, siempre que tuvieren conocimiento de la práctica de un hecho con apariencia de infracción criminal. A la policía compete realizar las diligencias necesarias y ponerlas al conocimiento del Juez instructor. Al fiscal, además del deber de comunicar al Juez, pidiendo que se inicie la *persecutio criminis*, puede, en el procedimiento abreviado, empezar las investigaciones (art. 785 bis LECrim).

Por lo tanto, los sujetos encargados de la fase preliminar tienen el deber de actuar de oficio, dentro de los parámetros legales, tanto al que atañe al hecho con apariencia de infracción criminal, como en lo que respecta a los posibles autores. A estos sujetos oficiales no se les reconoce un poder jurídico de disposición acerca de la *persecutio criminis*.

Incluso, la omisión constituye un ilícito (arts. 259 y 262 LECrim), y sólo se justifica cuando la evidencia fáctica no lleva a la tipicidad, o sea manifiestamente falsa (art. 269 LECrim). Esto se extiende a la fase de acusación formal -Ministerio Público-.

De todo delito o falta nace una acción penal para el castigo del culpable (art. 100 LECrim), y el Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar todas las acciones penales que considere procedentes, con arreglo en la ley, menos en aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada (arts. 105 y 271 LECrim), o condiciona su actuación a una previa manifestación de la víctima o de su representante legal -“delitos semipúblicos”-³⁵³. Por lo tanto, el órgano acusador oficial tiene el deber de deducir una pretensión penal acusatoria en los supuestos de existencia de los requisitos legales, y de sostener la pretensión mientras se mantienen estas condiciones legales.

³⁵³ Según DE LA OLIVA SANTOS, “Disponibilidad del objeto...”, cit., págs. 9854 y 9857, en los casos perseguibles previa querella o denuncia del ofendido, es apreciable un poder de disposición, explicable por la naturaleza de los hechos.

La provocación de la jurisdicción criminal, para el Ministerio Público, representa “un poder jurídico que necesariamente ha de ejercitar en presencia de cualquier conducta subsumible en el tipo de un delito que no sea sólo perseguible a instancia de parte («principio» de indisponibilidad o irrenunciabilidad de la acción penal: art. 105 LECrim)”³⁵⁴. El fiscal no puede disponer jurídicamente de nada que afecte al cumplimiento de la función pública que le incumbe y “ha de cumplir sus deberes y debe ejercitar, con la finalidad legal, sus facultades”³⁵⁵.

Hay determinadas decisiones que la propia ley deja a la valoración del fiscal, pero con arreglo a la misma ley, “a fin de que cumpla su deber y actúe a servicio de su función legal”. No se trata “de que la ley le conceda o le reconozca un verdadero poder de disposición, más o menos amplio”³⁵⁶.

El Ministerio Público puede solicitar el sobreseimiento en los supuestos subsumibles en los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el procedimiento ordinario, cuando el Tribunal no estima procedente la solicitud de sobreseimiento del fiscal, ofrece la posibilidad a los perjudicados, personados

³⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 10.

³⁵⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 12.

³⁵⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 12. En la pág. 221, pone como ejemplos los supuestos de denuncia de delitos contra la libertad sexual inferidos a menores, incapaces o desvalidos, en los cuales el fiscal ha de tener en cuenta la situación del ofendido y la posible incidencia negativa sobre su persona en la substanciación del proceso, aunque posea el mismo margen de disposición del ofendido o de su representante legal. *Vid.*, asimismo, del mismo autor, “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9859, con la misma opinión, y añadiendo los ejemplos del delito de abandono de familia -actual artículo 226, c/c el artículo 228 del Código Penal: cuando la persona agraviada “sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”-, y del delito de daño -actual artículo 267 del Código Penal-. En todos esos casos, el acusador tiene el mismo grado de disposición que la persona agraviada.

o no, de deducción de una pretensión acusatoria, y remite la causa al fiscal del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia, dependiendo de la competencia, para que estime si procede o no el pedido del fiscal que actúa en el órgano *a quo*. La vinculación del Tribunal al *petitum* del fiscal únicamente ocurrirá si el ofendido o su representante legal dejaren de deducir la pretensión acusatoria o si el fiscal que actúa en el órgano *ad quem* estima que no procede la acusación. En estos casos existe vinculación, aunque el Juez estime que no procede el sobreseimiento³⁵⁷. En el procedimiento abreviado se procede de la misma forma, con la particularidad de que sólo el ofendido personado puede deducir la pretensión.

Aún, en los artículos 642-644, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene disposiciones respecto del principio de legalidad, pues el Ministerio Público no puede solicitar el sobreseimiento por razones de oportunidad.

La Circular de la Fiscalía del Ministerio Público del Tribunal Supremo, de 2 de septiembre de 1884 disponía que el Ministerio Público tiene el deber y la obligación de actuar conforme la ley, refiriéndose al artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, el Estatuto Orgánico del Ministerio Público (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), en su artículo 1, y la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1985, de 1 de julio), en su artículo 435, subrayan la sujeción constitucional del Ministerio Público al principio de legalidad.

A pesar de la amplia previsión del principio de legalidad, cumple investigar si hay manifestación o manifestaciones de la oportunidad en el ordenamiento jurídico español. Un sector de la doctrina sustenta que subsisten

³⁵⁷ Según DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto...”, cit., págs. 9859 y 9860, “la existencia de vinculación del Tribunal a una conducta procesal no se identifica y ni siquiera guarda relación de necesidad con la disponibilidad del objeto del proceso o del proceso mismo”.

manifestaciones lícitas del principio de oportunidad, tanto en la legislación material -formas directas e indirectas-, como en la procesal -conformidad-³⁵⁸.

De acuerdo con esta parte de la doctrina, la oportunidad existe tanto en el Derecho Penal, de forma directa o indirecta, como en el Derecho Procesal Penal, en los casos de conformidad. Directamente, se manifiesta en las denuncias, en los “delitos semipúblicos” (arts. 191, 228, 215.1, 267, 287, 201.1,

³⁵⁸ GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., págs. 112 y 113. Asimismo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad...”, cit., págs. 30 y 31, añade que el artículo 25 de la anterior Ley de Extranjería, con la sustitución de la pena en los supuestos de expulsión del extranjero, y el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se exige la querella del Ministerio Fiscal para juzgar hechos cometidos fuera de España, aquí considerados delitos, son manifestaciones del principio de oportunidad. Por su parte, ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 204-207, señala, en sentido contrario, que no son manifestaciones del principio de oportunidad en un sentido estricto, “sino de la aplicación -por diferentes conceptos y relativo a distintos órdenes, de la política criminal- de diversos «criterios de oportunidad» a la hora de elaborar las líneas directrices de aquella”. Añade, tras señalar las consideraciones respecto de los “delitos privados” y “semipúblicos”, que se trata más bien de “renuncia del Estado a ejercitar el «ius puniendi», si el perjudicado por el delito -o personas determinadas expresamente en la Ley- no incoa el correspondiente proceso penal”; “de una condición de perseguibilidad o procedibilidad, fundada en el hecho de que el legislador entiende que en determinadas esferas íntimas, la intervención judicial puede causar más daño que la propia renuncia al ejercicio de la acción penal”, ponderándose las dos situaciones. Lo mismo ocurre en los supuestos del artículo 215 del Código Penal. En el caso del artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entiende ser una excepción al principio de territorialidad; en la suspensión de la condena, piensa que si ocurre la aplicación de la ley por razones de política criminal del legislador, teniendo en cuenta los efectos criminógenos de la prisión; en la amnistía -crea la ficción de que el delito no ha existido nunca-, en el indulto -mitiga o excluye la pena- y en el perdón del ofendido -posible en los delitos de calumnia, injuria y abandono de familia- señala que se constituyen en causas de extinción de la responsabilidad criminal. Entiende que el principio de oportunidad, en lo que respecta a la conformidad, “se refiere al fiscal y su obligación de sostener la acción penal en los términos fijados por la Ley, respecto del acusado y su abogado”.

162.2, 620.2, II, 621.6, y 624 del CP); en los casos de querrela -“delitos privados” (art. 215.1 CP); en las querellas o denuncias del Ministerio Público, Abogados del Estado, de la Seguridad Social y de la Comunidad Autónoma o Corporación Local (arts. 305.4, 307.3, 308.4, del CP), y también en las hipótesis del perdón del ofendido (arts. 201.3, 215.3, 267.3, 639.3 CP)³⁵⁹. Indirectamente, se podría hablar de oportunidad en el Código Penal, en los casos de licencia (art. 215.2 CP), de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80-87 CP), de sustitución de la pena privativa de libertad por limitativas de derechos (arts. 88 y 89 CP), en el indulto (art. 130.3 CP), en la suspensión condicional al toxicómano (arts. 105 y ss. CP), y en la posible rebaja de la pena a terroristas arrepentidos (art. 579 CP).

El Ministerio Público, según la norma constitucional, tiene la misión de promover la acción de la justicia, en defensa de la legalidad (art. 124.1 CE). La misma norma otorga también al Ministerio Público la responsabilidad de satisfacer el interés social. Desde la perspectiva del proceso penal, el interés público tiene dos dimensiones. De un lado proclama que todos los hechos con apariencia de infracción criminal sean investigados, sometidos a una acusación, a un proceso dialéctico que deberá culminar con una sentencia judicial, en obediencia a la legalidad. Otra dimensión del interés público es la exigencia de que la respuesta procesal sea pronta, eficiente y proporcional a la lesión del bien jurídico, lo que es imposible conseguirse con la demanda criminal existente.

La situación actual, según DE LA OLIVA SANTOS, radica en la imposibilidad, no de procesar todos los hechos con apariencia de

³⁵⁹ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto...”, cit., págs. 9854 y 9855, las consideraciones que hace respecto del perdón del ofendido, y en la pág. 9882, la crítica a GIMENO SENDRA, cuando señala aquél que el hecho de presentar o no una querrela es un acto de disposición del *ius persecuendi*, además de existir en el Derecho español la *quivis ex populi*, la cual se constituye en un derecho y no en un deber, como lo es el del Ministerio Fiscal.

infracción criminal, sino de todos los que llegan al conocimiento de los Jueces o Tribunales³⁶⁰. Esto pone en evidencia el fracaso del Estado ante su propia ineficiencia, pues una de sus funciones es prevenir la criminalidad. No sólo no la previene, como no crea mecanismos suficientes y eficaces de reacción y control de esta criminalidad. La ineficiencia es doble. Esto sin considerar la ineficiencia e incompetencia específicas, en determinados casos, de los diferentes órganos encargados de la actuación criminal.

Por lo tanto, ninguna norma ordinaria que mitigue el principio de obligatoriedad, puede ofender la Constitución Española. Además, por medio de la reglamentación de juicios de oportunidad y de consenso se puede alcanzar el deseado proceso penal sin dilaciones indebidas, con eficacia volcada a la aplicación de las penas necesarias, no siendo necesario alterar las normas constitucionales para esto³⁶¹.

³⁶⁰ En *Derecho procesal penal*..., cit., pág. 14.

³⁶¹ Según CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de oportunidad reglada...", cit., 301, "la sumisión al principio de legalidad, establecida en el artículo 124.2 no queda rota en los casos en que sea la propia Ley quien autorice al Fiscal a hacer uso de cierto arbitrio dentro de normas preestablecidas". Asimismo, XIOL RÍOS, J.A., "Líneas fundamentales del futuro proceso penal", en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, 1989, pág. 212, señala que, ciertamente, la resistencia a la oportunidad "arranca de una visión idealista del proceso" y "se intenta justificar en una aplicación de la Constitución muy discutible si se acepta la necesidad de ponderar el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal con el principio de mínima intervención y de utilidad de la pena, que derivan, a su vez, del principio de libertad (art. 10 de la Constitución) y de finalidad de reinserción asignada a ésta. Cabe perfectamente sostener que, en la perspectiva empírica, frente a la postura idealista, resulta difícil eludir que nos encontramos ante una realidad que es mejor regular que desconocer, ya que no resulta incompatible con los postulados constitucionales".

El Tribunal Supremo señaló que el principio de legalidad, además de una garantía reconocida constitucionalmente, es el núcleo central del derecho penal, tanto sustantivo como procesal, impidiendo la imposición de penas que no estén legalmente reconocidas para el hecho sancionado³⁶².

Fue la introducción del procedimiento abreviado en 1988 lo que abrió las puertas procedimentales a las negociaciones entre la acusación y la defensa. La nueva ley no llega a reconocer expresamente esta nueva realidad, pero deja una amplitud de interpretación favorablemente al consenso. La Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado dio un impulso adicional para la actuación discrecional de los operadores jurídicos, principalmente en la modalidad de consenso, pero sin límites claros y sin sujeción a presupuestos, requisitos o condiciones³⁶³.

La antedicha circular reconoce que, con el procedimiento abreviado ha sido introducido el “principio de consenso” en el proceso penal español, haciendo “eco con las recientes corrientes procesales del entorno europeo, según las que, en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto, propia de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena. Mientras las primeras deben reservarse para la persecución de la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva e integrada por hechos que son incidentales en la vida de su autor, debe conducir a soluciones consensuales que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su delito y la propia

³⁶² Vid. STS de 7 de abril de 1993 (RA 3060).

³⁶³ Según DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9885, estas puertas son falsas, y las posibilidades fácticas alentadas por la Fiscalía General del Estado están envueltas en un ropaje procesal de suma pobreza.

aceptación de su responsabilidad, está revelando ya una actitud resocializadora”.

El Consejo General del Poder Judicial, en el informe sobre el Anteproyecto del Código Penal de 1992 señaló que “el principio de legalidad, concebido retributivamente, coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente. Sin embargo, la formulación constitucional del mismo, contenida en el artículo 25.1 de la Constitución Española, no expresa tal cosa. No configura el deber del Estado de castigar, sino como un límite del *ius puniendi* del Estado. De ahí la formulación negativa (nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento), a lo que no acompaña la positiva (todos los que cometan delito, falta o infracción administrativa han de ser sancionados con la pena correspondiente)”. A continuación, señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional concibe el principio de legalidad como un principio negativo que, desde la perspectiva del imputado o condenado, es un derecho fundamental que no se quebranta con la posibilidad de sustituir la pena por otras más leves, o por medidas o, simplemente, renunciar a ella³⁶⁴.

Concordamos que el principio de legalidad sirve de límite al derecho de castigar, pero las medidas alternativas a la sanción, o la posibilidad de su renuncia, deben estar debidamente descritas y previstas en la ley, bajo pena de ser violado este principio rector del ordenamiento jurídico, es decir, el principio de legalidad, y de restablecerse el arbitrio.

³⁶⁴ En “Informe...”, cit., págs. 655 y 666. *Vid.*, asimismo, VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios...*, cit., págs. 285-291, que es el redactor del texto del Informe, su integridad.

Específicamente, sobre la acepción procesal del principio de legalidad, el Consejo General del Poder Judicial señala que la conclusión es extensiva al proceso penal, pues la necesidad del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, proclamado en el artículo 105 de la Constitución Española, “debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio (que ya es, por sí, una pena) en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una *poena naturalis* u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el recurso al Derecho criminal, siempre, desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial”³⁶⁵.

También, el informe pone de relieve que sólo la pervivencia de una discutible mentalidad retributiva no permite el recurso a las fórmulas alternativas o a la ampliación de los mecanismos que eviten el pronunciamiento o la ejecución de la condena, donde los fines de la pena no sufran quebranto o provoquen actitudes renuentes ante la emergencia de posibilidades de sustituir la pena privativa de libertad³⁶⁶.

En voto particular concurrente al referido Informe, DE LA OLIVA SANTOS señaló que “el principio de legalidad, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, aunque no formula el *ius puniendi* como deber del Estado de castigar, sí presupone ese deber del Estado, si bien, claro es, no respecto de cualesquiera conductas de alguna manera reprochables”, constituyéndose el principio de legalidad no sólo como límite del *ius puniendi*, sino como perteneciente también al fundamento de ese derecho³⁶⁷.

³⁶⁵ En “Informe...”, cit., pág. 656.

³⁶⁶ “Informe...”, cit., pág. 656.

³⁶⁷ En “Voto particular ...”, cit., pág. 760.

El voto concurrente de DE LA OLIVA SANTOS señala que “el principio de legalidad se convertiría en sustancia vaporosa, sin contenido cierto ni eficacia real” con la adopción de las propuestas del Informe acerca de la sustitución o renuncia a la pena adecuada a la culpabilidad. El principio de necesidad es una “insoslayable consecuencia o expresión parcial de la exigencia constitucional (art. 124.2 CE) de que el Ministerio Fiscal actúe con sujeción al principio de legalidad”. Así, no cabe, dentro del marco constitucional español, “atribuir al Ministerio Fiscal, en virtud de un juicio de oportunidad, la facultad de dejar de acusar, o dejar de calificar la conducta aparentemente punible, según los criterios legales”³⁶⁸.

El mismo argumento de la carga de trabajo “se alza como un serio obstáculo práctico para esa suerte de «tratamiento personalizado» de cada caso, que implicaría la atención y valoración a las referidas circunstancias”. La crítica también pone de relieve que no se puede desvirtuar el Derecho penal mediante el proceso, con la indeterminación de la consecuencia jurídica ante la violación del precepto penal, además de la conducción a mecanismos de “punción o no punición”, y de la falta de legitimación en la aplicación de sanciones no previstas legalmente. Admite el informe concurrente la constitucionalidad de la utilización de un enfoque alternativo a la pena, debidamente reglado por la norma, dentro del ámbito del Derecho penal³⁶⁹.

Ante la claridad de la norma constitucional respecto de la legalidad en el proceso penal, que torna obligatoria la *persecutio criminis*, el ejercicio de la acción penal y el sostenimiento de la pretensión condenatoria mientras estén presentes los requisitos legales, con la aplicación de la sanción prevista, nos obliga, no obstante, a hacernos las siguientes preguntas: ¿es admisible la

³⁶⁸ En “Voto particular...”, cit., pág. 761.

³⁶⁹ En “Voto particular...”, cit., págs. 762 y 763.

actuación del Ministerio Público y del Tribunal conforme al principio de oportunidad? ¿Se hace necesario modificar la normativa constitucional?

Ya hemos puesto de relieve que el principio de oportunidad o la oportunidad pura es incompatible, no sólo con las normas constitucionales, sino con el propio sistema procesal continental europeo. Para su introducción en el ordenamiento jurídico español se haría necesaria una reforma constitucional radical del sistema procesal penal³⁷⁰.

Ahora, en lo que respecta a la reglamentación de un cierto poder de disposición, erróneamente denominado de “oportunidad reglada”, en la cual se encuadra los mecanismos de consenso, no vulnera a la Constitución Española³⁷¹, en la medida que su previsión y limitación normativa se da por ley. Por lo tanto, no se aparta de la legalidad. Además, la búsqueda de los fines del proceso y de la pena, con medidas alternativas a las formas tradicionales de

³⁷⁰ Según DE LA OLIVA SANTOS, A., “Prólogo”..., cit., pág. 8, tras decir que no está cerrado al estudio de la “necesidad de introducir mecanismos de consenso que eviten procesos o que les acoten de manera sustancial, con un desenlace distinto de lo previsto, en principio, por las normas penales y procesales”, pero ya parte de la firmeza racional de la superioridad lógica y axiológica de la imperatividad y del orden público de las normas penales sustantivas, que la jurisdicción trata con arreglo a los principios de legalidad e igualdad, sin permitir que entren en juego criterios de oportunidad de la acusación pública, vinculante para el Tribunal. De esto se infiere que el consenso o la manifestación de oportunidad ha de ser controlada legalmente y por un tercero imparcial.

³⁷¹ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 988, quien es de la opinión contraria, en lo que es seguido por BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., pág. 232. *Vid.*, asimismo, FAIRÉN GUILLÉN, V., “Las «negociaciones» y «conformidades»...”, cit., pág. 409, cuando plantea que si se desea introducir en España el discutido *plea bargaining* anglosajón, junto con el principio de oportunidad del proceso penal, en contra del principio de legalidad que triunfa en toda la Constitución de 1978, ello debería hacerse mediante un reforma de ésta, con todas sus garantías.

aplicación del *ius puniendi*, se incluyen en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y en la orientación hacia la reeducación y reinserción social de la sanción criminal (art. 25.2 CE). Ciertamente la cárcel no es el sitio más apropiado para el desarrollo de la personalidad.

En este sentido la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, señaló que la búsqueda del consenso en la criminalidad de menor entidad, que tiene “menor transcendencia social”, como ya se ha dicho, es un imperativo ético-jurídico que se puede apoyar en dos parámetros constitucionales: “1º, que la obtención del consentimiento del acusado en someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad, proclamada en la Constitución (art. 10.1); 2º, que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el artículo 25.1 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso ni por la sumisión a la «estigmatización» del juicio oral”.

Nos decantamos, como ya hemos indicado, por reconocer dos dimensiones del interés público en el proceso penal. Una informa que los hechos con apariencia de infracción criminal deben ser investigados, sus autores acusados y los culpables condenados. Por otro lado, este interés público, que es el mismo y es inescindible, exige que la respuesta criminal tenga que ser pronta, eficaz, eficiente, proporcional a la lesión al bien jurídico, y esto puede perfectamente ser obtenido también con una legalización de los mecanismos de discrecionalidad, o con la reglamentación de mecanismos de consenso, los cuales no comprometerán la seguridad jurídica del ordenamiento

jurídico, siempre que esté mantenida bajo control limitativo de los poderes jurídicos, con requisitos objetivamente delineados.

Para dar cumplimiento a estos principios se hace necesaria la presencia efectiva del Ministerio Público, del defensor técnico y de un órgano judicial independiente e imparcial, en todas las fases procedimentales.

El derecho procesal español utiliza, básicamente, dos modalidades de la denominada “oportunidad reglada”: la conformidad y el reconocimiento de los hechos. La primera, con aplicación tanto en el procedimiento ordinario, en el abreviado y el procedimiento especial del Tribunal del Jurado. La segunda tiene incidencia en el procedimiento abreviado, cuando la competencia es del Juzgado de lo Penal.

La Fiscalía General del Estado, en la Circular núm.1/1989, de 8 de marzo, al referirse específicamente a la conformidad en el abreviado, ha señalado que “la sensibilidad y habilidad de los señores Fiscales debe ser utilizada para agotar al máximo el cumplimiento del espíritu de la ley, especialmente en los delitos de menor entidad, adoptando posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio”.

La norma jurídica no tiene voluntad y no hay cómo extraer ninguna especie de espíritu de ella, sino que debe ser integrada en el ordenamiento jurídico y aplicada de acuerdo con ciertos principios y fundamentos en determinadas circunstancias fácticas y jurídicas insertadas en un momento histórico y social. Los elementos de la norma radican en un mundo abstracto, pues se desligan de la voluntad o del espíritu del legislador, incumbiendo a los operadores jurídicos, como regla más integrados en la realidad existencial, darle el soplo de vida o de espíritu. Además, ninguna fiscalía, por más general que sea,

puede emitir orientaciones vinculativas o con la finalidad de que sean consideradas doctrina o normas, pues carecen de legitimidad. Lo peor es que estas circulares son tomadas como reglas de interpretación con autoridad superior a la propia Constitución.

Ocurre que el legislador español, al disciplinar la posibilidad del reconocimiento de los hechos y de la conformidad, no ha considerado los principios más evidentes del proceso penal, como la defensa del *status libertatis*, la presunción de inocencia, la publicidad, la proporcionalidad y la aplicación de las normas procesales³⁷².

La actuación *under the table*³⁷³ -lejos del órgano judicial- de los acusadores, defensores y acusados, repugna la publicidad de las actuaciones de

³⁷² Según DE LA OLIVA SANTOS, A., en “Prólogo”..., cit., pág. 7, existe en España “un lamentable dualismo de lo jurídico-constitucional y lo fáctico. Por un lado, el delito y la pena o medidas correspondientes, determinados ambos elementos en aplicación de la ley mediante un insoslayable proceso contradictorio, legalmente conducido y desarrollado, en el que han de hacerse patentes todos los elementos justificativos de una condena. Por otro lado, la reacción ante los hechos criminales basándose en negociación de la acusación y la defensa, negociación introducida en algún momento, más o menos avanzado, del proceso. Esto último carece de justificación legal, no se ha visto precedido de debate social ni parlamentario y se apoya tan sólo en el aprovechamiento, sin límites, de ciertas oportunidades procesales para que el acusado se conforme con la acusación, determinando la sentencia”. Según nuestra opinión, la ausencia de dialéctica parlamentaria o social, principalmente de todas las clases de operadores jurídicos, sobre la introducción de un mecanismo legal, sea cual sea, por lo mínimo le retira la legitimidad moral.

³⁷³ Para DE LA OLIVA SANTOS, A., en “Prólogo”..., cit., págs. 8 y 9, la conformidad en España habría de ser “con arreglo a los parámetros legales”, pero “no está siendo así”. Además, no se puede prescindir del sistema constitucional y legal en vigor, pues la ciudadanía cree en su funcionamiento, y señala que es “indefendible” e “impugnable la instauración de modo puramente fáctico, silencioso e inconfesado, de una «Justicia penal consensuada»”. *Vid.*, asimismo, VIVES ANTÓN, T.S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *Poder Judicial*, 1987, núm. especial II, pág. 109, cuando pone de relieve que la negociación

los operadores jurídicos y a la ética que debe orientar las actividades de estos sujetos jurídicos.

Además de la ausencia de claridad y de objetividad en la sistematización de la conformidad -si es que se puede hablar de sistematización en la situación actual-, que persistiera en las reformas posteriores que trataron de los mecanismos reglados de oportunidad en el abreviado y en el Tribunal del Jurado, se ha dejado transcurrir una gran ocasión para objetivar con claridad la oportunidad reglada, principalmente en cuanto a sus requisitos. Como señala BARONA VILAR, “el legislador se quedó a mitad de un camino, en un pozo sin fondo, donde se encuentra la conformidad y los problemas que se generan de la interpretación de las normas procesales reguladoras de la misma”³⁷⁴.

El tratamiento desproporcionado es evidente, pues en los hechos criminales que atentan contra bienes jurídicos más valiosos se permite la aceptación de la pena, la terminación anticipada del proceso, con la renuncia al debido proceso y de todas sus garantías. Paradójicamente, en los hechos criminales de menor entidad, como lo son las faltas, el legislador no ha posibilitado el reconocimiento de los hechos ni la conformidad. Aquí no se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad.

Según LASCURAÍN SÁNCHEZ, “el principio de proporcionalidad es un principio derivado del criterio democrático de legitimidad del Derecho que vincula, entre otros sectores, a los integrados por normas

existe en la realidad y de ella “se hace un uso subrepticio y vergonzante”, siendo “mejor regular que desconocer”. Basta preguntarse cuántos delitos de imprudencia cometidos con vehículos de motor se ven ante los Tribunales para comprenderlo. ¿Ha sido un milagro el que repentinamente los ha transformado en faltas? ¿O, más bien, se ha ejercitado tranquilamente y, desde luego, sin decirlo, un principio de oportunidad que nuestras leyes actuales no reconocen?”

³⁷⁴ En *La conformidad...*, cit., pág. 221.

sancionadoras. El Derecho *per se* no es proporcionado, sino que debe serlo desde cierta perspectiva axiológica y sólo en alguno de sus sectores. Es más, salvo por elipsis de elementos sobreentendidos, no cabe catalogar sin más algo como proporcionado ni cabe realizar un juicio genérico de proporcionalidad sin relación directa a otra magnitud ni especificación del criterio o la medida que instrumenta la comparación. La idea de proporcionalidad pertenece a la deontología del Derecho, no a su ontología; no señala un elemento definicional, una propiedad o una consecuencia de la naturaleza del Derecho, sino una exigencia que impone un determinado criterio de justificación del mismo”. Señala también que el contenido estricto de proporcionalidad -elementos internos-, es decir, la comparación entre la sanción efectiva y el fin efectivo de la norma, o un balance entre los costes y los beneficios de libertad, no es suficiente. Así, es menester que se haga una comparación con otras medidas alternativas y que se sopesen si con una medida de menor intensidad coactiva, con menos gasto de libertad, podemos alcanzar metas similares a las que la norma cuestionada se propone -requisitos de necesidad-³⁷⁵.

Pero, en cualquier caso, el intérprete no puede quedarse a la espera de una adecuación del juicio de faltas a los más simples principios procesales, como lo son el acusatorio³⁷⁶, la defensa, que incluye el contradictorio, por parte del legislador³⁷⁷. Las normas referentes al reconocimiento de los hechos y de la

³⁷⁵ “La proporcionalidad de la norma penal”, en *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, 2000, núm 0, págs. 223 y 226.

³⁷⁶ Aunque las SSTC 54/85, de 18 de abril; 84/85, de 8 de junio, 6/87, de 28 de enero, 15/87, de 11 de febrero, 202/88, de 31 de octubre, hayan señalado que el juicio de faltas está regido por el principio acusatorio, pensamos que él no está bien regulado en este aspecto, además de no estar siendo observado.

³⁷⁷ Vid. CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso...”, cit., pág. 244; y MARTÍN OSTOS, J., “La conformidad...”, cit., pág. 1498, que señalan la posibilidad de aplicar los mecanismos de oportunidad reglada en el juicio de faltas. Por otro lado, AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso*, Cedes, Barcelona, 1998, pág. 73, es partidaria de la necesidad de

conformidad pueden y deben ser aplicadas también a los juicios de faltas, no sólo por la simple expresión de “quien puede lo más, puede lo menos”, sino en obediencia al principio de proporcionalidad. En efecto, la necesidad de una prestación jurisdiccional pronta y eficaz a las infracciones de menor potencial ofensivo es fundamento tanto del juicio de faltas como de la aplicación de los mecanismos reglados de oportunidad y de consenso.

En consecuencia, favorablemente a la extensión de estos mecanismos al juicio de faltas, se podría añadir que una falta conexa con otra infracción, en otro juicio, puede ser objeto de reconocimiento de los hechos o de conformidad, pues el reconocimiento es del hecho y no de la tipificación, y la conformidad es con la petición de pena y no con una determinada calificación -casos de conexión-³⁷⁸.

Es increíble que en el estado de evolución del desarrollo de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y de la constitucionalización de principios y criterios procesales, aún se procese y se juzgue a un ciudadano sin la deducción de una pretensión acusatoria, sin obligatoriedad de defensa técnica y que la defensa deba llevar sus propios testigos al juzgado. No se puede llamar juicio o enjuiciamiento a un acto realizado sin la preceptiva y efectiva presencia de un abogado defensor. Lo que no concebimos, y nuestro sentir no alcanza, es que todo esto sea plenamente aceptable por el órgano judicial.

Quizás el mecanismo de reconocimiento de los hechos sea más adecuado que la conformidad en el juicio de faltas, por su específico desarrollo

modificación legislativa en este sentido; y en la misma línea PUENTE SEGURA, L., *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994, págs. 64 y 65.

³⁷⁸ DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 256, 257, y 280-285, se puede notar una cierta flexibilización de la conformidad en el juicio de faltas, principalmente ante la conexión.

procedimental, pero tampoco podemos descartarla. Así, tras la lectura de la denuncia o querrela, se podría inquirir al inculpado, contra quien aún no fue deducida una pretensión acusatoria, sobre el reconocimiento de los hechos, con la presencia de abogado defensor, del fiscal y del órgano judicial, siguiéndose el mismo trámite aplicable del procedimiento abreviado. No obtenido el consenso en este momento, tras la deducción de la pretensión por el fiscal, el órgano judicial debería preguntar sobre la conformidad, en el acto del juicio oral, incluso en el momento en que el acusado expone personalmente su resistencia procesal.

No se ha considerado uno de los principales fundamentos del reglamento de los juicios de oportunidad, que es el tratamiento diferenciado y consensual para la criminalidad de menor entidad. La admisión de un hecho, aunque en solitario, o de una sanción criminal, cuya consecuencia, como regla, será la condena con cumplimiento de pena privativa de libertad, no se compatibiliza con la no observancia de los principios fundamentales del proceso penal, siempre que tenga origen en la manifestación volitiva del sospechoso o del acusado, debido al interés público que domina y prepondera en el proceso penal.

A nuestro modo de pensar, los mecanismos de oportunidad o de consenso -siempre que limitados legalmente-, son admisibles en las infracciones criminales de menor entidad, donde pueda admitirse una cierta renuncia al debido proceso y a todas sus garantías. Esto porque, siempre que advenga una condena, los efectos no son el cumplimiento de una pena privativa de libertad. La garantía del *status libertatis* está por encima de los intereses individuales, particulares de cada ciudadano, constituyendo un derecho fundamental irrenunciable.

Además, ¿cuál es la ventaja³⁷⁹ material que se da al sospechoso que reconoce el hecho, o al acusado que se conforma con la pena? Prácticamente ninguna, pues, como regla, será condenado y se le aplicará una sanción privativa de libertad. Si el objetivo es potenciar los mecanismos de consenso, tendría que ofrecer al sospechoso o al acusado, alguna ventaja, para que acepte los hechos o la pena, tales como suprimir determinados efectos de la condena, aplicándose una sanción criminal, pero con menos consecuencias de la condena devenida de la tramitación de todo el proceso.

Más recientemente, la Ley Orgánica 5/2000³⁸⁰, de 12 de enero, respecto de los menores, además de admitir expresamente el principio acusatorio (art. 8), y de encargar al Ministerio Fiscal la conducción de la investigación de los hechos y de los presuntos autores (art. 16), posibilita al órgano acusador desistir de la incoación del expediente. Esto ocurre en los delitos menos graves, sin violencia o intimidación a las personas, o en las faltas, siempre que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos. En estos casos, podrá ser aplicada alguna medida adecuada al menor, por una entidad encargada de promover la protección a los menores (arts. 3 y 18).

Esta nueva ley admite el desistimiento del procedimiento, tras la incoación del expediente investigatorio, en los supuestos de delitos menos

³⁷⁹ Según GIMENO SENDRA, V., "La nueva regulación...", cit., pág. 978, la ventaja para el acusado reside en despejar la incertidumbre que para él supone la realización del juicio oral en el que tras la consiguiente modificación de la acusación, puede sufrir una pena más grave a la solicitada en el escrito de calificación provisional, así como evitar la pena adicional que la publicidad del juicio siempre ocasiona en su propia reputación.

³⁸⁰ GONZÁLEZ CANO, M.I., "Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores", en *Tribunales de Justicia*, 2000, núm. 7, pág. 829, señala que la nueva legislación recoge a lo largo de su articulado y en diferentes fases del procedimiento, varias manifestaciones del principio de oportunidad.

graves o faltas, atendiéndose, además de la gravedad, las circunstancias de los hechos y del menor, la falta de violencia o intimidación graves, y también la conciliación entre el autor del hecho y la víctima, la asunción del compromiso de reparar el daño, o el compromiso de cumplir la actividad educativa propuesta. Producida la conciliación, o cumplido lo acordado, se procederá al archivo de las actuaciones (art. 19). Se trata de una reglamentación de un cierto poder de disposición del Ministerio Fiscal.

La nueva legislación del menor también admite la conformidad de la defensa con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal, antes o en la audiencia, cuando el Juez se dirige directamente al menor. Se exige la manifestación volitiva uniforme del menor y de su letrado, y en un juicio público, como debería ocurrir en todas las especies de consenso. La diferencia de las demás conformidades, radica en que la propia ley admite que el Juez dicte sentencia contra la voluntad del letrado, lo que atañe a la conformidad personal del menor.

La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, derogada por la Ley 5/2000 y promulgada como consecuencia de la STC 36/91, de 14 de febrero, modificó la legislación de 1948 respecto a los menores. Una de las grandes alteraciones fue el traslado de la investigación, del Juez al Ministerio Fiscal. Además, también permitió la propuesta del Ministerio Fiscal al Juez de Menores para el término de las actuaciones; posibilitó la reparación a las víctimas, el acuerdo sobre la conclusión del procedimiento, con aplicación de una amonestación, admitió la conformidad con la medida pedida por el Fiscal, con aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la suspensión del fallo, de oficio o a pedido de las partes, siempre que hubiera reparación extrajudicial a los perjudicados.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico procesal español no contiene manifestaciones del principio de oportunidad, en su pureza, sino permite legalmente la actuación de las partes bajo un limitado poder de disposición.

Ahora, pasaremos a analizar específicamente estos mecanismos reglados de oportunidad, previstos en las normas procesales.

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE CONSENSO

1) LA CONFORMIDAD

A) Antecedentes y evolución

Del entorno europeo, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO cita como antecedentes de la conformidad el artículo 90 de la Ley Procesal Penal de Württemberg, de 14 de agosto de 1849 y el artículo 75 de la Ley Prusiana de 3 de mayo de 1852, los cuales recogían formas de reconocimiento de la culpabilidad por parte del acusado. También, el *Code d'Instruction Criminelle* de 1935, contenía modalidades de conformidad en los supuestos de faltas, pues el acusado podía consentir que el debate final se realizase sin su presencia, extendiéndose al Tribunal y a la Corte de Apelación³⁸¹.

Evidentemente, tanto las previsiones del Derecho americano, como las del Derecho francés no son idénticas al instituto de la conformidad, sino aproximadas. En la conformidad no hay una declaración de culpabilidad, sino una aceptación de la sanción. Por otra parte, la ausencia del acusado no significa que esté conformándose con una sanción penal.

³⁸¹ *El allanamiento...*, cit., págs. 30-32.

También, se ha puesto de relieve un cuadro comparativo de la conformidad en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la confesión o declaración de culpabilidad del sistema anglosajón³⁸². Todavía, la confesión y el poder de disposición que se confiere a las partes en el Derecho anglosajón, en contraste con la aceptación limitada o reglada de la pena, señalan la amplitud diferenciadora que se le confiere a la conformidad, un instituto procesal típicamente español³⁸³.

Asimismo, se ha señalado como precedente de la conformidad la extinción de la acción penal en Holanda, cuando el inculpado paga el máximo de la multa correspondiente al hecho incriminado. Este pago tendría la forma de un allanamiento, con eficacia ejecutiva³⁸⁴.

En el Derecho español, podemos situar los antecedentes más cercanos de la conformidad en el Real Decreto y Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835. Según su artículo 51, se posibilitaba a las partes la renuncia a la prueba y la conformidad con todas las declaraciones del sumario, que harían “plena fe” en el juicio, ocasionando la conclusión de la causa por el Juez, cuya actividad era prácticamente homologatoria. Para que produjese efectos, era necesario que hubiera conformidad de todas las partes

³⁸² Según AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, Reus, Madrid, 1914, tomo V, pág. 315, las legislaciones admiten la confesión como prueba de juicio, como en Inglaterra, donde recibe un valor extraordinario, pues se prescinde de la intervención de los Jueces de hecho, quedando la actividad del Magistrado en la aplicación de la ley. *Vid.*, también, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal español*, JM Bosch, Barcelona, 1997, pág. 115, cuando pone de manifiesto que en la conformidad se puede observar la clara influencia de las declaraciones de culpabilidad del derecho norteamericano.

³⁸³ *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., págs. 77 y 78.

³⁸⁴ En ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., pág. 38.

respecto de todas las declaraciones. Por lo tanto, con unidad subjetiva y objetiva³⁸⁵.

Este verdadero acto procesal de partes, resultante de un acuerdo o convenio entre la acusación y el acusado -no se exigía expresamente la anuencia del abogado defensor-, era posible para penas de seis meses y un día hasta los seis años. Sin embargo, la conformidad no tenía el carácter de aceptación o consenso de la pena, sino de renuncia probatoria.

En el Real Decreto de 8 de junio de 1850, según BUTRÓN BALIÑA, la institución de la conformidad encuentra su primera manifestación, veinte días antes de la Ley Provisional de 30 de junio de 1850, tenida por la doctrina (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, BARONA VILAR, COVIÁN Y JUNCO), como el origen de la conformidad, cuyas disposiciones tienen las mismas reglas de la conformidad³⁸⁶.

³⁸⁵ BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., págs. 239 y 240. *Vid.*, asimismo, BUTRÓN BALIÑA, P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, 1998, págs. 1, 2, 3, 4,5 y 8, cuando señala que la confesión con cargos es el punto de partida del que posteriormente se derivará la conformidad del acusado en el proceso penal español. Esta confesión de cargo tuvo su declive con la Constitución Española de 1812 -influencia de la Revolución Francesa-, que abolió el tormento y suprimió el juramento. Esas confesiones de cargo fueron abolidas por el Real Decreto de 26 de mayo de 1854. También, MIRA ROS, C., *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998, págs. 53-55, señala el contenido del artículo 51: “si las partes de consumo renunciaren a la prueba y se conformaren con todas las declaraciones del sumario, habrá el juez por conclusa desde luego la causa, y dichas declaraciones, aunque no ratificadas, harán plena fe en aquel juicio”.

³⁸⁶ *Op. cit.*, págs. 6 y 7. CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal español...”, cit., también sitúa la Ley Provisional Reformada de 1850 como antecedente legislativo de la conformidad. Para MIRA ROS, C., *op. cit.*, págs. 56-59, la regla 43, repetida a la postre, en la regla 38, decía que “si la acusación se pidiere la imposición de alguna de las penas correccionales, y el reo se conformare con ella, el Juez la aplicará sin más trámites, si la

La Ley Provisional Reformada de 30 de junio 1850, que prescribía reglas para la aplicación del Código Penal de 1848, admitía la conformidad del acusado con la pena correccional pedida. El Juez, si la estimase justa³⁸⁷, la aplicaba, remitiendo el proceso al Tribunal Superior, que podía devolver la causa para su tramitación normal, cuando entendiese improcedente la conformidad, tras el dictamen del Fiscal.

Por lo que se observa, esta nueva regulación de la conformidad era personal, como manifestación de un poder de disposición de la defensa, con control judicial, incluso en dos instancias. Se pasó de una concepción de convenio, de acto bilateral para una de acto unilateral -acusado-, sin exigirse la anuencia del abogado defensor³⁸⁸. La remesa al juicio *ad quem* no era propiamente un recurso, pues el propio Juez de primera instancia lo remitía a un Tribunal Superior, independientemente de la inconformidad de las partes. Se podría denominarlo recurso anómalo, o *ex officio*, con efectos ratificadores.

conceptúa justa, y consultará el fallo con el Tribunal superior, remitiendo original del proceso". Además. Las reglas 44 y 45, repetidas en las 39 y 40, señalaban la posibilidad del Tribunal superior de hacer alguna variación, sin alterar la esencia correccional de la pena, la cual, era ejecutada, siempre que el acusado se conformara. El Tribunal superior devolvía la causa a su trámite común, cuando no estimase la conformidad.

³⁸⁷ Según BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., pág. 241, sentencia justa se refería a aquélla en la que la pena pedida era proporcionada a los hechos delictivos. Por su parte, AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso...*, cit., pág. 61, señala que esto significa que la actividad del Juez pasó de mero homologador a la posibilidad de desvincularse de la conformidad.

³⁸⁸ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., págs. 39 y 40; AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso...*, cit., pág. 61; BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, pág. 8; y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., en *El consenso...*, cit., págs. 78 y 79.

Además de la ley antedicha, la conformidad³⁸⁹ también estaba prevista en el Real Decreto de 20 de junio de 1852³⁹⁰, sobre el contrabando y las defraudaciones y en la Ley de 27 de marzo de 1867 de Orden Público. En ésta, la conformidad asumió la especie de consenso, o de convenio entre las partes, pues exigía la anuencia entre el acusador y la defensa. Según el artículo 87, la conformidad implicaba renuncia a la prueba, y el Juez mandaba citar a las partes para la sentencia, donde se concluye que había una vinculación del Juez a la pena conformada³⁹¹. El Real Decreto de 26 de mayo de 1854, a pesar de la manifestación volitiva del acusado, exigió el dictamen del fiscal y la celebración de la vista.

La Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 hacía referencia expresa a la posibilidad de que los procesados se conformaren con la acusación, cualquiera que fuese la extensión de la pena solicitada por la acusación, incluso que las terceras personas, a quien se imputaba responsabilidad civil, debían declarar, bajo juramento, si se conformaban o no

³⁸⁹ Según ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., pág. 39, el instituto ya nace con el nombre no muy técnico de *conformidad*, sin hablarse de la aquiescencia del defensor.

³⁹⁰ El artículo 83 del Real Decreto de 20 de junio de 1852 decía que “en cualquier estado de la causa en que el procesado se allanare formalmente a sufrir la pena que la ley señala al delito por que se procede, se sobreseerá en los autos, imponiendo y haciendo efectiva dicha pena, pero en todo caso de esta especie, será requisito indispensable que el Fiscal califique o haya calificado previamente el delito y la pena legal correspondiente en los términos que prevé el artículo 72, así, como también que el Juez haga en el auto de sobreseimiento igual calificación, considerando este auto como sentencia”.

³⁹¹ *Vid.* BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., pág. 242. El artículo 87 de la Ley de Orden Público de 27 de marzo de 1867 disponía que “si las partes de consumo renunciaren la prueba y se conformaren con todas las declaraciones del sumario, habrá el juez por conclusa la causa desde luego, y sin otro trámite mandará traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia”.

con las conclusiones de la calificación que les afectasen³⁹². Sin embargo, el Decreto de 3 de enero de 1875 limitó la conformidad a las penas correccionales³⁹³. Asimismo, el proceso seguía su cauce normal, con valoración por el Juez en el momento de dictar sentencia³⁹⁴, aunque tuviese rango de confesión³⁹⁵.

Esta nueva legislación -Ley de 1872-, introdujo importantes novedades, como la necesidad de anuencia del abogado defensor, la no existencia de limitación en la pena, la anuencia de los responsables civiles con relación a esta responsabilidad, y la posibilidad de que la conformidad debiera ser prestada también en el acto de vista oral³⁹⁶.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, posibilitó la conformidad con la pena pedida de mayor gravedad, en los supuestos de solicitud de pena que no excediera prisión menor -prisión correccional, hoy prisión hasta los seis años, artículo 30 del CP-, en el momento de la resistencia procesal, y en el inicio del juicio oral, cuando al acusado se le pregunta si se confiesa reo del delito, según la calificación más grave, y responsable civilmente, cuyos efectos

³⁹² Según BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, págs. 9 y 10, los artículos 596-610 son los antecedentes directos de la actual conformidad prevista en los artículos 688-700 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues el Juez preguntaba al acusado si se confiesa reo del delito y responsable por la indemnización. También, ha introducido la novedad de la conformidad con la responsabilidad civil. Se exigía anuencia de todos los acusados con la mayor responsabilidad penal y civil, y concordancia de los abogados. *Vid.*, asimismo, DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad del acusado...*, cit., pág. 263, cuando añade que la conformidad alcanzaba incluso las penas aflictivas, como las de muerte, cadena perpetua y confinamiento, por ejemplo.

³⁹³ Véase AGUILERA DE PAZ, E., *op. cit.*, pág. 309.

³⁹⁴ *Vid.* AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso...*, cit., pág. 64, cuando enumera las circunstancias en que el Juez podía disponer la continuación del juicio oral.

³⁹⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, pág. 45.

³⁹⁶ AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso...*, cit., pág. 63.

serán analizados con detalles más adelante (arts. 652, 655, 688-700). La conformidad informa, según ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, el origen anglo-francés (mixto) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o sea, de acto procesal de parte del derecho inglés y de procedimiento especial del derecho francés, pero diferenciada del *plea guilty* porque no hay confesión de culpabilidad, y por limitar en mayor medida los poderes del Tribunal, si bien las dos producen la eliminación de los actos procesales³⁹⁷.

Posteriormente, la Ley de Jurado de 1888 también acogió la conformidad, en los mismos supuestos del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882³⁹⁸.

También, la Ley del Procedimiento de Urgencia, de 8 de junio de 1957 y la de 8 de abril de 1967 posibilitaron la conformidad del acusado en el acto del juicio oral, por remisión a los artículos 800.1 y 791.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁹⁹.

Por su parte, la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, mandó aplicar supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, de forma expresa, la conformidad (arts. 7.2, II y 10.2)⁴⁰⁰, volviendo a ser admitida

³⁹⁷ *El allanamiento...*, cit., págs. 27-30. Asimismo, BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, pág. 13, pone de relieve también la previsión de la conformidad en los artículos 795, 796 y 780 respecto de los delitos flagrantes. También, véase GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., pág. 97, cuando atribuye a la conformidad una manifestación inglesa del *plea guilty*.

³⁹⁸ Véase AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso...*, cit., pág. 66. Asimismo, Vid. BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, págs. 18-22, el desarrollo de la conformidad en las diversas leyes que regularon el Jurado en España, desde la Constitución Española de 1812.

³⁹⁹ Vid. BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, pág. 15.

⁴⁰⁰ Vid. BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., págs. 246 y 247.

también en los escritos provisionales de la defensa⁴⁰¹, cuya peculiaridad radicaba en que el Tribunal podía dictar sentencia sin analizar la procedencia o no de la calificación; la conveniencia o no de ordenar la continuación del juicio⁴⁰²; la ratificación del defensor; y la simple fijación de las bases de la responsabilidad civil para una futura liquidación⁴⁰³.

Fue la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que, bajo la influencia de la Recomendación R (87), del Comité de Ministros, de la crisis de la Administración de Justicia debido a la demanda procesal, y de las discusiones acerca del binomio legalidad/oportunidad, y principalmente de las funciones del Ministerio Fiscal, la que ha introducido la modalidad de consenso en el proceso penal⁴⁰⁴, abriendo una nueva faceta al Ministerio Fiscal, o sea, de su clásica dimensión de exponente de la acción pública a investigador de la fase de instrucción e inductor del consenso, es decir, “agente de un cierto principio de oportunidad”⁴⁰⁵, o mejor, agente de la reglamentación de un cierto poder de disposición. Las disposiciones derogatorias no se refirieron a los artículos de la conformidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los cuales pasaron a complementar la nueva ley “en todo aquello que no se oponga a su espíritu y finalidad”⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Véase AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso...*, cit., pág. 66.

⁴⁰² Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 81.

⁴⁰³ Véase BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, págs. 16 y 17.

⁴⁰⁴ Según RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, págs. 68 y 74, se ha extendido la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal, desempolvándose el ya existente instituto de la conformidad.

⁴⁰⁵ Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *La reforma...*, cit., pág. 102.

⁴⁰⁶ En este sentido, véase CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal español...”, cit., pág. 239; y la STS de 4 de diciembre de 1990 (RA 9404).

Por lo tanto, continuaron en vigor, y con aplicación al nuevo procedimiento, denominado abreviado, la modalidad de conformidad anterior -poder de disposición de la defensa-. Además, se ha introducido la novedad de la posibilidad del reconocimiento de los hechos, antes de la existencia de una acusación formalizada.

El sector más importante de la doctrina ha recibido la nueva regulación de la conformidad bajo severas críticas, debido a sus contradicciones, oscuridades y defectos, incluso de redacción, que no se sabe lo que quiso establecer y, muchas veces, no dice nada, siendo posible la defensa de concepciones antagónicas, de tan imprecisas, genéricas e incompletas que son las nuevas normas⁴⁰⁷.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, modificadora del procedimiento abreviado, entre otras referencias, en relación al reglamento de los juicios de oportunidad, tanto en la modalidad de reconocimiento de los hechos, como de la conformidad, estableció normas en lo que atañe a la práctica de actos procesales, específicamente respecto a la citación -Juez de Instrucción o el de Guardia-.

El Tribunal del Jurado fue reintroducido en España por medio de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, añadiendo otros momentos procesales de prestación de la conformidad. A parte de las posibilidades ya previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto en los juicios de oportunidad de la defensa, como del consenso, por fuerza del artículo 24.2 Ley Orgánica del

⁴⁰⁷ Vid. ALMAGRO NOSETE, J., *Instituciones...*, cit., pág. 150; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio...*, cit., pág. 60; DE LA OLIVA SANTOS, A., "Disponibilidad del objeto...", cit., págs. 9873-9876; y FAIRÉN GUILLÉN, V., "Las «negociaciones» y «conformidades»...", cit., págs. 8 y 17.

Tribunal del Jurado, se posibilitó la conformidad en la fase de conclusiones definitivas (art. 50 LOTJ).

Más recientemente, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, además de la reglamentación de los juicios de oportunidad típicos, ya referidos, también admite el reconocimiento de los hechos (art. 36. 3), y la conformidad, que puede ser manifestada en dos momentos procesales (arts. 32 y 36.2), en los hechos practicados por los menores, con algunas peculiaridades específicas a los objetivos de esta legislación especial.

Asimismo, hay que considerar que la conformidad también está prevista en la jurisdicción castrense. Esto “ya con el anterior Código de Justicia Militar de 1945 (art. 737), y hoy en el artículo 305 de la Ley Procesal Militar (LO 2/1989, de 13 de abril), siempre restrictiva a infracciones castigadas con privación de libertad no superior a los tres años, o que lleven consigo la pérdida de empleo”⁴⁰⁸.

Aunque no existan estadísticas oficiales, se estima que entre un 15 y un 30% de los procesos penales finalizan mediante sentencia de conformidad⁴⁰⁹. Basado en su propia experiencia de Fiscal de varios Juzgados de lo Penal, MORENO VERDEJO señala que esta cifra es más elevada y que, en la mayoría de esas ocasiones, se viene produciendo en el inicio del juicio (art. 793.3 LECrim), “tras una rebaja de la pena por el Fiscal, para infracciones

⁴⁰⁸ Véase CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal español...”, cit., pág. 239. Asimismo, BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, págs. 23-26 y 262-264, señala la evolución de las leyes referentes a la justicia castrense, desde 1882, y las previsiones de la conformidad. También, DE DIEGO DÍEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 41-45 y 47-52, trata la conformidad en el ámbito de la Justicia Militar. *Vid.*, asimismo, MIRA ROS, C., *op. cit.*, págs. 83-84.

⁴⁰⁹ *Vid.* GIMENO SENDRA, V., “La nueva regulación...” cit., pág. 978.

casi siempre de escasa gravedad, y con solicitud de pena por debajo del límite de 1 año de prisión menor -permitida así la aplicación de la remisión condicional de la pena impuesta-”⁴¹⁰.

El Juez MALLO MALLO, en una estadística propia, durante los años de 1990 y 1991, de un total de 968 sentencias dictadas -750 de condena-, 193 fueron de conformidad, lo que significa un 20 por 100 del total de las sentencias, y el 25 por 100 de las condenas. En estos datos están incluidas las 14 sentencias provenientes del reconocimiento de los hechos. Un dato llamativo es que 108 de estas sentencias fueron dictadas en supuestos de conformidades logradas en el inicio del juicio oral, y las demás 85 en supuestos de manifestaciones de la defensa técnica en el escrito de calificación⁴¹¹.

B) Concepto

Ante la amplitud y las diversas modalidades de conformidad, dada por la Ley Orgánica 7/88, la definición del instituto no es tarea sencilla. Partiremos

⁴¹⁰ “La conformidad en el procedimiento abreviado”, en *El juicio oral en el proceso penal* (con MARCHENA GÓMEZ, M., ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DÍAZ CABIALE, J.A., MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Comares, Granada, 1995, pág. 31.

⁴¹¹ “Algunas consideraciones sobre la conformidad en el procedimiento abreviado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, pág. 407. Según TOMÉ GARCÍA, J.A., *Comentarios a la ley del tribunal del jurado* (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), pág. 499, la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año de 1997, referente al año anterior, en relativo a los delitos de competencia del Tribunal del Jurado, 40% de los casos fueron resueltos por conformidad de las partes, sin convocatoria de los jurados.

de las principales características de la conformidad para llegar a un concepto que abarque las diferentes manifestaciones.

La primera nota esencial de la conformidad es la declaración de voluntad del imputado y de su defensor. Esta emisión volitiva se materializa en un acto procesal de disposición de la parte acusada -disponibilidad de la defensa-, o de las dos partes, -consenso-, con la finalidad de terminar la *persecutio criminis*, o el mismo proceso penal⁴¹². No se admite colisión de emisión volitiva entre el acusado y su abogado defensor. La solución dada por el legislador es de continuación normal del proceso cuando la manifestación de la voluntad no sea uniforme -personal y técnica-.

Como en el ordenamiento jurídico español la deducción de una pretensión acusatoria no es monopolio del órgano oficial, se exige la aceptación de la sanción penal más grave, independientemente de representar la admisión de la acusación del Ministerio Público, del acusador popular o del acusador privado.

⁴¹² El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 8 de marzo de 1995 (RA 1912) señaló que la conformidad encierra un acto de declaración de voluntad de poner fin a un proceso ya iniciado. No se trata de una confesión ni de una actividad probatoria, como sería el interrogatorio del acusado. La aceptación no corresponde siempre a la verdad histórica, pero supone una "declaración de voluntad que en primer y decisivo término obtura «ea ipsa» la posibilidad de que la acusación produzca una prueba de signo incriminatorio o de cargo y por ello produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquella, que es en definitiva el sustrato esencial sobre el que descansa, como reaccional que es, el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, en consecuencia, no cabe alegar en casación tal vulneración cuando fue el acusado mismo quien impidió tal producción de prueba".

La aceptación no es directamente del hecho con apariencia de infracción criminal, o de la calificación jurídica, sino de la petición de pena hecha en la pretensión acusatoria. Si el acusado aceptase el hecho histórico con su calificación, tendríamos que cambiar la acepción de pena más grave, por una acusación más grave. No es necesario que el acusado, personalmente, o por medio de su defensor, haga una declaración de culpabilidad, de confesión de los hechos o admita expresamente la calificación. Lo que ocurre es una aceptación de la sanción, que necesariamente no es la consecuencia jurídica ajustada a los hechos. Sin embargo, no se puede negar que en el momento en que el acusado acepta la sanción, o la negocia, admite, aunque formalmente, el hecho histórico y la calificación jurídica, aunque no haya correspondencia con la realidad fáctica⁴¹³.

La declaración de voluntad, para que surta los efectos de la conformidad, no puede estar supeditada a condición, plazo o limitación de cualquier clase -absoluta o pura y simple-; debe ser prestada o ratificada personalmente por el propio acusado y no a través de representante o mandatario -personalísima-; ha de ser consciente y libre de cualquier coacción -voluntaria-; ha de observar las solemnidades establecidas en la ley -formal-; necesita adecuarse a la índole de la infracción, a la especie y extensión de la pena -vinculante-; y exige una anuencia recíproca entre acusado y defensor -doble garantía-⁴¹⁴.

⁴¹³ Según la STS de 5 de diciembre de 1984 (RA 6239), en el momento en que el acusado se conforma, admite su culpabilidad. También, la STS de 18 de septiembre de 1991 (RA 6436) señaló que está claro que cuando el acusado acepta la sanción, admite la descripción del hecho.

⁴¹⁴ Véase DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 172-186; y *Alcance de los términos «sentencia de estricta conformidad»*, Colex, Madrid, 1998, págs. 15 y 16. También, en este sentido, las SSTs de 1 de marzo de 1988 (RA 1511), de 7 de noviembre de 1990 (RA 8777), de 23 de marzo de 1998 (RA 3108), de 27 de diciembre de 1999 (RA 927), y la de 14 de febrero de 2000 (RA 482).

En lo que respecta al carácter personalísimo de la conformidad, surge la cuestión de su admisibilidad o no por la persona jurídica. Toda la estructura dogmática del crimen -conducta, ilicitud, culpabilidad-, de la sanción criminal -principalmente de la pena privativa de libertad-, y del proceso penal -prisión provisional, interrogatorio, por ejemplo-, están volcadas para la responsabilidad criminal de las personas que tienen inteligencia y voluntad propias. Sin embargo, es posible la aplicación de sanciones administrativas y medidas de seguridad a la persona jurídica, independientemente de la responsabilidad personal de la persona física que la integra, con fundamento en su peligrosidad social. Los representantes legales de la persona jurídica pueden conformarse con la sanción penal o con la reparación solicitadas para el ente jurídico, independientemente de la aceptación o no de la responsabilidad de la persona física coimputada⁴¹⁵.

La conformidad de la persona jurídica con la medida de seguridad es un corolario lógico de la admisibilidad de su responsabilidad criminal, aunque la fundamente en la peligrosidad social o de la cosa, y no tenga voluntad propia. La medida de seguridad que se aplica a la persona jurídica, aunque no sea técnicamente una pena, en el sentido restrictivo de la dogmática penal, no deja de ser una sanción criminal *lacto senso*.

⁴¹⁵ Véase GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales* (con CONDE PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Bosch, Barcelona, 2000, tomo 5, págs. 73-77, los problemas que plantea la conformidad de las personas jurídicas, principalmente de su representante para conformarse con la pena y la existencia de una consecuencia accesorio. *Vid.*, también, MIRA ROS, C., *op. cit.*, págs. 245-262, los sistemas de imputación de responsabilidad criminal a las personas jurídicas, y los principales obstáculos de la conformidad de la persona jurídica, principalmente los relacionados con la falta de capacidad de su representante, de la indisponibilidad de las medidas de seguridad y del posible conflicto de intereses de la persona física con la jurídica.

Diferentemente es la situación en que hay un vicio o defecto en la emisión volitiva, en los supuestos de responsabilidad criminal fundada en las conductas dolosas o imprudentes, donde se analiza la imputabilidad como requisitos de la culpabilidad.

La regla era que la iniciativa de la conformidad pertenecía a la defensa, como acto unilateral, de aceptación de la calificación⁴¹⁶. Sin embargo, con las modificaciones posteriores -procedimiento abreviado y el de competencia de los jurados-, el propio acusador puede tomar la iniciativa, negociando el escrito de acusación, incluso presentar uno nuevo, evidentemente, rebajando la petición de pena para obtener la conformidad (art. 793.3 LECrim), consecuencia del acuerdo, en el acto del juicio oral (art. 791.3 LECrim). Por lo tanto, no siempre la conformidad resulta de una declaración unilateral de la defensa.

La aceptación de la sanción, tanto por el defensor técnico en el momento en que se presenta el escrito de calificación provisional, como la conformidad personal del acusado, en el acto del juicio oral, cuando se le pregunta si acepta la pena, o el reconocimiento, en la fase de las conclusiones definitivas -Jurado-, son manifestaciones de voluntad unilaterales -de la defensa-, aunque con la misma finalidad. La acusación no participa de esta manifestación volitiva, la cual le es indiferente, pues admite la pena solicitada.

Aunque, en las demás modalidades de conformidad, la emisión de la voluntad generadora de la conformidad, sale de la esfera de la defensa, esto es, se reviste de bilateralidad. Esto ocurre cuando la defensa y la acusación presentan un escrito de conformidad conjunto, ante el Juez instructor o en el acto del juicio oral -abreviado y jurado-.

⁴¹⁶ Según ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., pág. 106, este entendimiento se justificaba pues aún no existían todas las modalidades de conformidad de hoy.

Ahora bien, ¿esta declaración de voluntad del acusado, aceptando la sanción, atenta contra el artículo 24.2 de la Constitución Española? Hay que considerar que toda persona acusada no está obligada a declarar, en contra o a favor de su situación personal y jurídica, pues tiene el derecho al silencio. Así, al acusado se le reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo, y a no confesarse culpable. En todo caso, esto no prohíbe, ni invalida, la declaración de aceptación de la sanción. Por lo tanto, no hay ataque al precepto constitucional, siempre que la declaración de voluntad sea emitida en el libre ejercicio del derecho de defensa. A la defensa se le reconoce la alternativa de practicar todos los actos procesales o de renunciarlos, a cambio de una respuesta más pronta y limitada al máximo de pena solicitada.

Se observa que el legislador fue potenciando las posibilidades de consenso, retirando la conformidad de la iniciativa exclusiva de la defensa. Según FAIRÉN GUILLÉN, la conformidad no admite, como la *plea bargaining*, “negociaciones o regateos previos”⁴¹⁷, lo que, a nuestro sentir, ha cambiado a partir de la conformidad en el procedimiento abreviado y en los delitos del Tribunal del Jurado.

Hay una división doctrinal en la consideración o no de la conformidad como una manifestación del principio de oportunidad. Se ha defendido que constituye una manifestación del principio de oportunidad, puesto que, además de la existencia del principio de legalidad en España, el cual obliga al fiscal a ejercitar y a sostener la pretensión acusatoria hasta la obtención de una sentencia firme, subsiste la oportunidad pura o absoluta, “pues ni precisa de autorización u homologación judicial ni jurídicamente queda condicionada al

⁴¹⁷ “Las «negociaciones» y «conformidades»...”, cit., pág. 90. Sin embargo, en la pág. 318, admite que se ha introducido en el proceso penal español.

cumplimiento de futuro por el acusado de prestación o condición alguna, sino tan sólo al efectivo cumplimiento de la pena que en acto se le imponga”⁴¹⁸.

Por otro lado, se ha dicho que la conformidad no representa la manifestación pura del principio de oportunidad, pues el sistema no permite que se prescinda de la *persecutio criminis*, de la deducción de una pretensión acusatoria, y de una cierta vinculación del Tribunal a la pretensión acusatoria. Ésta, según DE LA OLIVA SANTOS “puede acompañar y complementar el principio de oportunidad, pero es muy dudoso que pertenezca a su esencia”⁴¹⁹.

También, se ha señalado que “a diferencia de lo que ocurre en otros países, estamos ante una expresión del principio de oportunidad contemplada, no desde el punto de vista de la acusación, sino desde el de la defensa, cuya decisión de conformarse no necesita la participación de otros sujetos en pie de igualdad, como por ejemplo, la víctima”⁴²⁰. Sin embargo, esto no ocurre en todas las modalidades de conformidad, como en las formas de consenso, en las cuales también juega un importante papel la acusación, principalmente el Ministerio Público, la principal parte acusadora.

⁴¹⁸ GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 600. *Vid.*, asimismo, MARTÍN OSTOS, J., “La conformidad...” cit., págs. 1497 y 1498, cuando pone de relieve que la oportunidad está “referida al imputado, en vez de al Ministerio Fiscal, tal como acontece en otros ordenamientos jurídicos, pero sin descartar en absoluto una intervención de este último”. También, la STS de 1 de diciembre de 1992 (RA 9892) señala que la *ratio legis* de las normas que tratan de la conformidad “se encuentra en el principio de oportunidad y de economía procesal, con la finalidad de evitar la “fase costosa y dilatoria del juicio oral”; y la de 17 de julio de 1992 (RA 6657) pone de relieve que la *ratio legis* de la norma, al emplear la frase estricta conformidad, obedece a un principio de oportunidad y de política criminal.

⁴¹⁹ *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 21.

⁴²⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 93.

Se ha señalado, también, que “se trata de un caso de aplicación del p. de oportunidad en cuanto se refiere al fiscal y su obligación de sostener la acción penal en los términos fijados por la Ley, no respecto del acusado y su abogado”. Por tanto, en un sentido más amplio, se podría considerar como manifestación de la oportunidad, en cuanto supone una forma de abreviación del proceso, lo que no se permitiría con el empleo de la legalidad, a pesar de que “no se compadece con un concepto estricto del mencionado principio, sobre todo, en cuanto el elemento subjetivo que se extiende a las partes acusadoras privadas y al propio acusado”, además de no abreviar el procedimiento desde su principio⁴²¹.

La víctima ejercerá una actividad relevante siempre que estuviera personada o se persone en el proceso. El primer objetivo de la defensa, en todas las modalidades de conformidad es producir una terminación anticipada del proceso, obteniendo, en lo peor, una sentencia de condena congruente con la pretensión acusatoria ya deducida, o con la presentada consensualmente. Además de terminar el proceso, la defensa no se someterá al peligro de un cambio en la calificación jurídica del hecho, en perjuicio de la situación jurídica criminal admitida.

Según James GOLDSCHMIDT⁴²², hay que distinguir los actos procesales de las partes de los actos judiciales. Los actos de parte, se dividen en

⁴²¹ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 207 y 214.

⁴²² En *Problemas jurídicos...*, cit., págs. 79-82 y 104. Según FAIRÉN GUILLÉN, V., “Las «negociaciones» y «conformidades»...”, cit., pág. 92, la conformidad debe ser encuadrada como actividad procesal de obtención de una resolución judicial y no como plenos actos dispositivos o de causación, o sea, de producción de plenos efectos por sí mismos. Conforme GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales...*, cit., págs. 54 y 55, los efectos de la conformidad “quedan condicionados a que el órgano jurisdiccional considere probados los hechos sobre los que se fundamenta la calificación, pudiendo, incluso, llegar a la absolución

actos de obtención -postulación- y de causación -dispositivos-. Los actos de obtención tienen como objetivo principal llevar un hecho a la evidencia -peticiones, afirmaciones, aportación de prueba-. Los demás actos de las partes son actos de causación -convenios procesales, declaraciones unilaterales de voluntad, participaciones de voluntad o de conocimiento, y los actos reales-. En estos últimos se encuadraría la conformidad del procesado, pues sería una participación de voluntad vinculativa del Tribunal. Ocurre que no siempre es así, debido a las dos modalidades de conformidad: consenso y postulación de la defensa. Téngase en cuenta, además, que siempre existe el control del órgano judicial, de modo que los efectos dependen de una valoración jurisdiccional, pues estamos en un proceso penal donde no hay pena sin Juez o Tribunal.

Dentro de esta concepción, la conformidad con la pena, cuando parte de la defensa técnica o del acusado, sería una declaración unilateral de voluntad -acto de obtención-, pero, cuando es una resultante del consenso, sería un acto de causación.

cuando no se haya acreditado suficientemente la participación del acusado en los mismos, como ya se dijo desde antiguo, la conformidad conecta, pues, con una suerte de prueba y, en consecuencia, con un acto de postulación que, orientado a lograr en el Tribunal el convencimiento acerca de la realidad del relato histórico aceptado por el acusado, habrá de ser libremente valorado por el órgano judicial, a los efectos de determinar el sentido condenatorio de la sentencia”.

En definitiva, podemos decir que la conformidad es un acto procesal por medio del cual la defensa admite la más grave de las sanciones solicitadas, con la finalidad de terminar anticipadamente el proceso, a través de una sentencia sobre el fondo, la cual contiene todos los efectos comunes a las demás -misma índole-, por iniciativa propia -escrito de calificación, o al contestar las preguntas en el inicio de las sesiones del juicio oral-, o por medio del consenso con la acusación -negociación del escrito de calificación-, en el ejercicio de su derecho de resistir a la pretensión acusatoria.

C) Naturaleza jurídica

La doctrina se muestra bastante divergente con relación a la naturaleza jurídica de la conformidad: una especie de allanamiento⁴²³, un acto unilateral de

⁴²³ Según ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., en *El allanamiento...*, cit., págs. 114, 116 y 129, esta forma "autocompositiva" no se identifica con el allanamiento del proceso civil, como hace la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883, sino en sentido figurado o analógico, y que el allanamiento penal significa renuncia de los derechos de defensa. Para DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad del acusado...*, cit., págs. 136, 145 y 146, aunque se sume a los que consideran la conformidad como un allanamiento, en el abreviado, además de éste, asume la naturaleza de convenio. *Vid.*, asimismo, AGUILERA DE PAZ, E., *op. cit.*, pág. 114; FAIRÉN GUILLÉN, V., "Las «negociaciones» y «conformidades»...", cit., pág. 399; FORCADA JORDI, M., "Acerca de la conformidad en el proceso penal", en *La Ley*, 1991, I, pág. 1024; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 104; MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado* (con MORAL GARCÍA, A., y ESCOBAR JIMÉNEZ, R.), Comares, Granada, 1999, pág. 401; TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho procesal...*, cit., pág. 817; y DE URQUÍA GÓMEZ, F. "El principio de legalidad y el principio de oportunidad", en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 943. Asimismo, la STS, de 1 de julio de 1987 (RA 4069), señala que, aunque la conformidad tenga

disposición de la pretensión de la defensa⁴²⁴, un ejercicio de la autodefensa por el acusado⁴²⁵, una forma de confesión⁴²⁶, una renuncia a los medios de defensa

perfiles propios, se asemeja al allanamiento del proceso civil. La STS de 4 de diciembre de 1990 (RA 9404), tras poner de relieve que se produce un acto unilateral de disposición de la pretensión por la defensa, subraya que se está ante un “auténtico allanamiento”. En la misma dirección la STS de 17 de junio de 1991 (RA 4735), pone de manifiesto que, aunque no se pueda equiparar, de forma absoluta, la conformidad al allanamiento civil, la misma constituye un “allanamiento a las pretensiones de la acusación”. Por otro lado, las SSTs de 30 de septiembre de 1991 (RA 6653), de 17 de julio de 1992 (RA 6657), de 7 de abril de 1993 (RA 3060), de 30 de septiembre de 1993 (RA 7098), y de 7 de febrero de 1994 (RA 717) rechazan la naturaleza jurídica de allanamiento, teniendo en cuenta el carácter público del proceso penal, y la incidencia del principio de legalidad.

⁴²⁴ GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., págs. 599-601. Sin embargo, en *procesos penales...*, cit., pág. 86, considera que se trata de una manifestación del derecho constitucional a la autodefensa (art. 24.2 CE). Según GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., pág. 97, la conformidad es una manifestación del principio dispositivo, por parte del procesado, correspondiente a la institución inglesa del *plea guilty*. Asimismo, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 102, puntualiza que la conformidad es un acto unilateral de la defensa del acusado, asistido por su defensor, en el cual existe un acto de disposición del acusado sobre el objeto del proceso y del proceso mismo. La STS de 21 de noviembre de 1988 (RA 9192), pone de relieve que se trata de un “acto unilateral de disposición respecto a la pretensión penal ejercitada por la acusación, mediante la cual se produce un verdadero allanamiento a la pena”.

⁴²⁵ MUERZA ESPARZA, J., *Derecho procesal...*, cit., pág. 168.

⁴²⁶ Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *op. cit.*, pág. 349, cuando comenta el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal español...”, cit., págs. 235, 251 y 252, la conformidad presupone la “confesión de los hechos y la aceptación del delito”, que “constituirá únicamente un instrumento para el acortamiento del proceso, que si bien predispone indirectamente el resultado de éste, en ningún caso envuelve un poder dispositivo distinto al del proceso mismo”. Por lo tanto, reconoce efectos de derecho procesal y material a la conformidad. Asimismo, Vid. MONTÓN REDONDO, A., *op. cit.*, pág. 489. También, la STS, de 17 de octubre de 1989 (RA 7697), señala que la conformidad “constituye una verdadera confesión”.

como señal que la acusación es fundada⁴²⁷, un convenio⁴²⁸, un acto de disposición procesal o de efectos meramente procesales⁴²⁹, o un acto procesal complejo⁴³⁰.

⁴²⁷ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 14; y CABAÑAS GARCÍA, J.C., "El proceso penal español...", cit., pág. 249, que sigue a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en el aspecto de que se está "ante una renuncia del acusado al ejercicio de su derecho a la defensa, único del cual él es titular".

⁴²⁸ Según ALMAGRO NOSETE, J., *El nuevo proceso penal* (con MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, N., y GIMENO SENDRA, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 150-152, las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 7/1988 (arts. 791.3 y 793.3 de la LECrim) tienen la naturaleza jurídica de un convenio, cuya finalidad es truncar el proceso penal mediante una sentencia de conformidad, y que la regulación "se basa en la consecución de una coincidencia de voluntades acerca de la misma del acusado y su defensor y del acusador". Vid., asimismo, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., págs. 23 y 105. Así, las SSTs, de 19 de julio de 1989 (RA 6265), y de 30 de septiembre de 1991 (RA 6653) señalan que la conformidad encierra un convenio vinculativo para el Tribunal. El ATS de 12 de marzo de 1970 (RA 1377), tras haber hecho referencia a la confesión del imputado y a un acto de disposición, ha puesto de relieve que se trata de un "auténtico convenio, de un paladino reconocimiento de la responsabilidad contraída". Sin embargo, la STS de 7 de mayo de 1992 (RA 4485) rechaza la naturaleza jurídica de transacción penal.

⁴²⁹ Véase FENECH, M., *op. cit.*, tomo II, pág. 542. Según LÓPEZ LORENZO, V., "La conformidad en el procedimiento establecido por la ley de 28 de octubre (*sic*) de 1988", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, pág. 383, la conformidad no opera sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral. También, SERRA DOMÍNGUEZ, M., "El juicio oral", en *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 778, pone de manifiesto que la conformidad es una institución con efectos meramente procesales, o sea, de abreviación del proceso, prescindiéndose de la etapa probatoria, dictándose sentencia. Rechaza su equivalencia al allanamiento civil. Sin embargo, VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 119, subraya que, además de acto de disposición procesal, la conformidad implica un acto de disposición material del derecho de defensa.

⁴³⁰ Según FAIRÉN GUILLÉN, V., "Las «negociaciones» y «conformidades»...", cit., págs. 88 y 91, se trata de actos dispositivos del Derecho Procesal -renuncia al juicio oral y de la prueba-,

Aunque la conformidad con la pena tenga una cierta semejanza al allanamiento, pues posibilita que la parte pasiva se conforme con la acusación, deduciéndose de ahí efectos jurídicos relevantes, no equivale a aquel, por diversos motivos. Primero, porque los requisitos limitativos cuantitativamente -seis años-, el consenso, o la anuencia expresa entre abogado y el acusado, en la conformidad, son distintos del allanamiento, pues en éste ocurre una aceptación ilimitada de la pretensión del actor (art. 21.1 LEC), sin necesidad de consenso con la parte demandada, o anuencia expresa entre abogado y requerido. Segundo, porque uno de los fundamentos de la conformidad es la abreviación del procedimiento, con terminación anticipada del proceso, mientras que el allanamiento puede ocurrir incluso en la fase de ejecución (art. 619 LEC). Tercero, aunque en el allanamiento también el Juez pueda mandar seguir el proceso, esto ocurre excepcionalmente, teniendo en cuenta el principio dispositivo y la buena fe procesal (arts. 21.1 y 247 LEC), en la conformidad la prosecución se da por motivación diversa. En cuarto lugar, también hay que considerar que la ley criminal prohíbe la conformidad parcial con relación a los sujetos, contrariamente a nuestro entendimiento, mientras que esto se posibilita en el allanamiento (art. 21.2 LEC) y, en quinto lugar porque el órgano judicial en la conformidad no está limitado en absoluto por la pena conformada, pudiendo absolver o rebajar la que haya sido objeto de conformidad, en función de la medición de la sanción penal⁴³¹.

y del Derecho Penal -Tribunal que queda vinculado a no imponer una pena superior a la conformada-, como manifestación de una autodefensa parcial, incompleta, debido a la intervención causal del Tribunal, y por su limitación a la pena privativa de libertad no superior a los seis años. *Vid.*, asimismo, BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., pág. 302; y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional III...*, cit., págs. 262 y 263.

⁴³¹ La STS de 7 de febrero de 1994 (RA 717), rechaza la naturaleza jurídica de allanamiento. Señala que “el instituto de la «conformidad» es una postura procesal paralela o similar, pero no igual al del «allanamiento» del proceso civil, en que el acusado no plantea un nuevo objeto de la «litis», sino que admite y hace suyo el del actor en todos sus elementos, pero con

La previsión de sanciones a la mala fe procesal en el artículo 247 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, significa un avance en la dirección finalística del proceso que, además de instrumento de las partes y de la jurisdicción, está al servicio de la sociedad, como instrumento de pacificación, que no admite actuación sin ética, principalmente de los detentores del poder jurídico. La crítica que hacemos atañe tanto a la no objetivación de cuando un comportamiento puede ser considerado de mala fe -deducir una pretensión o una resistencia contra texto de ley o hecho incontrovertido, alteración de la verdad de los hechos, utilización del proceso para alcanzar objetivos ilegales, oposición de resistencia injustificada a la tramitación del proceso, actuación temeraria en el proceso, y provocación de incidentes sin fundamentos, por ejemplo-⁴³², como en lo que respecta al destino de la multa -no al Estado, sino a la parte perjudicada por la mala fe-.

Con algún añadido al simple allanamiento, pensamos que la doctrina que se decanta por considerarla un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa, no engloba todas las formas de conformidad. Ésta, en el procedimiento abreviado, en las hipótesis en que la acusación y la defensa presentan un escrito conjunto de conformidad al Juez de instrucción, en la fase intermediaria (art. 781.3 LECrim), o en el acto del juicio oral, antes de la producción de la prueba (art. 793.3 LECrim), tanto cuando piden que se dicte sentencia de conformidad, como en la presentación de otro escrito -“escrito *sui generis*”-, la conformidad resulta del consenso, de un acto bilateral entre las dos partes. También, en la conformidad, cuando se trata de delitos de competencia del Tribunal del Jurado, esta bilateralidad

consecuencias distintas totalmente con su homólogo el allanamiento civil, debido al prevalente «interés público» que inspira y alienta el proceso penal”.

⁴³² Véase en el artículo 17 del Código Procesal Civil brasileño una previsión objetiva de las causas de la actuación de mala fe.

consensual ocurre en dos ocasiones, o sea, en la presentación del escrito conjunto ante el Juez de instrucción, o en el acto del juicio oral.

Pero, en cualquier caso, no se trata únicamente del ejercicio de la autodefensa del acusado, pues la conformidad, según la ley, sólo se perfecciona cuando el acusado -defensa personal-, como su abogado -defensa técnica- estén de acuerdo, aunque pensamos que debería primar la manifestación volitiva del acusado en las hipótesis de divergencia entre ambos. Asimismo, estaría presente también la defensa técnica, con su iniciativa y anuencia a la manifestación del imputado.

En efecto, ocurre una renuncia de los medios de defensa, de la prosecución de todas las etapas procedimentales. Sin embargo, esto no significa el reconocimiento de que la acusación sea fundada, sea procedente. Desde el punto de vista procesal, sólo un juicio condenatorio, tras el cauce legal, principalmente el probatorio, permite afirmar la culpabilidad y la quiebra de la presunción de inocencia.

Se podría considerarla una especie de declaración confesoria, como hace la ley en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no en el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aunque sus efectos son distintos, y no se confunden con ésta. La confesión está orientada al hecho y no a la pena o al efecto de su estimación. Además, en la confesión ocurre una manifestación de ciencia, lo que no se verifica en la conformidad, cuando la emisión volitiva es de voluntad. En realidad, por estrategia defensiva, el acusado está aceptando la más onerosa de las penas pedidas, sin que esto signifique necesariamente que esté confesando los hechos descriptos en la pretensión acusatoria, que estos sean verdaderos, que hayan ocurrido según la acusación, o que la calificación jurídica esté adecuada al hecho. Admitir la

conformidad como una confesión sería atribuirle un valor probatorio pleno, independientemente de las demás pruebas -tasar la prueba-, además de afirmar que el acusado, aunque no preste juramento, pueda confesar.

La confesión no es la reina de las pruebas, con fuerza suficiente para, por sí sola, sustentar un veredicto de condena, prescindiéndose de las demás pruebas. Hoy en día, rige en el derecho procesal penal el enfoque constitucional del derecho a que el acusado tiene de no declarar contra sí mismo, de guardar silencio, de no confesarse culpable.

La conformidad de los artículos 655 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tienen la misma naturaleza jurídica y son, en realidad, diversas manifestaciones de un mismo acto procesal. Las diferencias radican respecto al sujeto que declara la conformidad, y al requisito temporal. Sin embargo, en ambos momentos, la defensa no está afirmando la veracidad de los hechos que le fueron imputados en la pretensión acusatoria ni declarándose culpable⁴³³.

La confesión no dispensa al Juez de instrucción de continuar en la práctica de diligencias con el objetivo de averiguar la veracidad de la declaración, debiendo el acusado explicar todas las circunstancias del delito y de su conducta, y también informar las pruebas que tiene al respecto (art. 406 LECrim).

Algunas formas de conformidad pueden avenir de un acuerdo entre las dos partes, de un convenio, o de una calificación mutuamente aceptada.

⁴³³ Según ALMAGRO NOSETE, J., *El nuevo...*, cit., pág. 152, “no puede pedirse juramento decisorio sobre hechos punibles ni sobre cuestiones acerca de las cuales no pueden transigir (art. 1237 CC)”. También, FAIRÉN GUILLÉN, V., “Las «negociaciones» y «conformidades»...”, cit., pág. 393, pone de manifiesto que en España, pese el error terminológico legal, no existe confesión, sino el simple interrogatorio del imputado o del acusado, a apreciar según conciencia del Tribunal (art. 741 LECrim), formada según las reglas de la sana crítica (arts. 297 y 717 LECrim).

Todavía esto ocurre únicamente en las modalidades de consenso, pero no cuando el defensor o el acusado aceptan el *petitum* acusatorio. En estas ocasiones, no hay ninguna forma de transacción, o de bilateralidad. Además, estas últimas modalidades, pueden ocurrir sin que la parte pasiva mantenga cualquier contacto con la parte acusadora. La admisión de un convenio previo entre las partes no significa disponibilidad total sobre el hecho, o sobre el proceso, ni sobre el *ius puniendi*, pues está siendo impuesta una pena al acusado. Tampoco resta perjudicado el interés público en la punición. Al contrario, este interés público en castigar al culpable, junto con su otra dimensión, de respuesta pronta y eficaz, se conjugan a favor de las partes, y de la administración de Justicia⁴³⁴.

La actual reglamentación de la conformidad, en la modalidad de consenso, presupone negociaciones entre las partes, casi como ocurre en el sistema de la *plea bargaining*. La diferencia está en la limitación legal, y en la ausencia de una declaración formal de culpabilidad. Negar el permisivo legal es negar la realidad. Diferentemente es la crítica que merece la ley al posibilitar los acuerdos sobre el derecho de libertad, sin la debida publicidad, y sin un control jurisdiccional efectivo en el momento de su realización.

No podemos negar que se trata de un acto de disposición procesal que conlleva a un procedimiento especial. Todavía, esto únicamente informa parte de la esencia de la conformidad, cuya índole de derecho material, con la

⁴³⁴ En ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., pág. 105; *Vid.*, asimismo, DE LA OLIVA SANTOS, A., "Disponibilidad del objeto...", cit., pág. 9886; FAIRÉN GUILLÉN, V., "Las «negociaciones» y «conformidades»...", cit., pág. 1232; y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 102, los cuales rechazan la concepción de transacción o de convenio en el proceso penal.

aceptación de una pena, es innegable. Por lo tanto, sus efectos no son meramente procesales.

La complejidad de la conformidad se evidencia tanto por las múltiples formas de conformidad, como por sus consecuencias instrumentales y materiales. Así, observamos la manifestación del abogado con anuencia del acusado, la del acusado con anuencia del abogado, y la del acusador con la defensa. La instrumentalización de los efectos se evidencia en la renuncia de la práctica de actos procesales, inclusive de la prueba, en la renuncia al derecho de proseguir en todos los cauces procedimentales o al debido proceso con todas las garantías. Las consecuencias de derecho material se infieren de la aceptación anticipada del cumplimiento de una pena, o sea, antes de que el órgano judicial la dicte, con todos sus efectos, incluso de la posibilidad de ser mandado a la cárcel.

Por lo tanto, nos decantamos por asignar a la conformidad una naturaleza compleja, o sea, de acto de disposición de la deducción de una pretensión o de una resistencia procesales completas, extensivas a su sostenimiento, tanto unilateral, como bilateral o consensual, renunciativo de la práctica de ciertos actos procesales con vistas a aceptar el cumplimiento de una sanción consentida, consecuencia del reglamento de un cierto poder de disposición.

Otra situación ocurre cuando el análisis es únicamente de la naturaleza jurídica de la conformidad con la pretensión de derecho civil. En este supuesto, teniendo en cuenta la vigencia del principio dispositivo, no hay porque negar que es un auténtico allanamiento⁴³⁵. Aquí, concordamos con ALCALÁ-

⁴³⁵ Según FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1991, págs. 96 y 97, la sentencia de conformidad, en el ámbito de la responsabilidad civil deberá limitarse a

ZAMORA Y CASTILLO cuando considera que la negativa a contestar las cuestiones sobre la responsabilidad civil implica confesión, diferentemente de lo que ocurre con relación a la pretensión acusatoria⁴³⁶.

D) Fundamento

Los motivos que llevan al acusado a someterse voluntariamente a una sanción criminal con todos los efectos de una condena común son variados. Además de los verificados en cada situación concreta, en líneas generales, la conformidad se fundamenta en la intención de truncar el cauce normal del proceso penal, para provocar su terminación anticipada. Hay, como se ha afirmado, una renuncia, aunque tácita, de la práctica de actos procesales que son puestos a disposición de la defensa, principalmente de la producción de la prueba, pues no se celebrará o se abreviará el juicio oral.

La pretensión acusatoria conlleva, además de la descripción de una situación fáctica -hecho-, una delimitación jurídica del hecho -calificación jurídica-, y de la consecuencia legal -*petitum* de aplicación de pena-. La defensa

acoger el allanamiento del imputado, como declaración de voluntad del mismo. Además, el contenido civil de la sentencia de conformidad vendría impuesto por un acto de disposición de carácter material. Pone de relieve que cuando el allanamiento tiene lugar en el proceso civil, como acto de disposición de carácter procesal, produce como efectos inmediatos la finalización del pleito y que el Juez dicte sentencia estimatoria de la demanda. No ocurre lo mismo en el proceso penal, donde la conformidad del imputado con la calificaciones de carácter civil sólo produce los efectos procesales del allanamiento, en los supuestos en los que el Juez penal pueda dictar sentencia de condena.

⁴³⁶ *El allanamiento...*, cit., págs. 258 y 259.



acepta esta situación provisoria, forzando su carácter definitivo, en la medida en que evita la alteración del tope de la pretensión acusatoria, o que podría ocurrir en la calificación definitiva. Ante la posibilidad de que el órgano judicial pueda fijar una pena menos grave de la pedida, lo que es la regla, el acusado evita toda la dimensión jurisdiccional de la medición de la sanción criminal.

Esta solución más rápida del proceso penal no siempre se presentará como un trato más favorable al acusado, pues se le posibilita la demostración de su inocencia, o la existencia de otras circunstancias modificativas de la pretensión acusatoria a su favor.

Evidentemente que, como regla, el acusado aceptará la sanción cuando tiene conciencia de su culpabilidad, o cuando sabe de la existencia de pruebas capaces de empeorar su situación criminal, las cuales podrán llegar al conocimiento judicial. Al contrario, cuando el acusado tiene la posibilidad de probar su inocencia o la existencia de alguna circunstancia a su favor, es casi seguro que no se conformará. Evidentemente que podrá negociar con la acusación, en los permisivos legales, una pena menor.

Sin embargo, hay que analizar la justificación de la conformidad, bajo el prisma de la Administración de Justicia, de la acusación, de la defensa y del proceso mismo.

Para el Tribunal representa, además de un ahorro de tiempo, una respuesta más pronta a la criminalidad, que constituye una exigencia social. Se llega a un resultado final eficaz del proceso. La acusación cumple sus atribuciones, asegurando la condena de los acusados, obteniendo un máximo resultado con menos esfuerzo. Con esto se descarga de trabajo a la Administración de Justicia.

Por otra parte, la conformidad evita la incertidumbre temporal del desarrollo del cauce procesal normal, y de su solución final. El acusado se libra de un procedimiento investigatorio, de la necesidad de producir prueba, y de la comparecencia en el acto del juicio oral, evitando una sanción accesoria, o la denominada “pena de banquillo”, potenciando las finalidades de rehabilitación y de reinserción social. No se puede olvidar el temor de la defensa con las posibilidades de ser aplicada una penalidad más grave que la ya señalada, devenida de una prueba que aún no fue producida. Además, la defensa puede considerar el tiempo de la prisión preventiva para obtener inmediatamente la libertad, o extinguir la condena.

El peligro está en que un sospechoso o acusado inocente se sienta moralmente culpable y se conforme con la pena, o que no se le informe de todas las posibilidades que dispone en el proceso. Aunque, como observa ZARZALEJOS NIETO, “no hace falta gran imaginación para llegar a la conclusión de que un acusado sólo aceptará la pena solicitada por el Ministerio Fiscal cuando le beneficie”⁴³⁷.

No obstante, una fundamentación meramente utilitaria, de economía procesal, de ahorro de tiempo y de gastos es poco convincente para una institución como la conformidad⁴³⁸. Únicamente una concepción preconcebida,

⁴³⁷ “El nuevo proceso abreviado para los delitos menos graves (ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)”, en *Nuevos tribunales y nuevo proceso penal* (con DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., MARÍA GONZÁLEZ, J., y ARAGONESES MARTÍNEZ, S.), La Ley, Madrid, 1989, pág. 188.

⁴³⁸ Según ESCUSOL BARRA, E., *op. cit.*, pág. 132, la conformidad se destina a “resolver -y, en el futuro, evitar- el colapso de la justicia: es preferible y más eficaz el castigo inmediato, aunque menor, que un proceso completo, conforme a la ley, pero tardío, que no satisface”; También, MARTÍN OSTOS, J., “La conformidad...”, *cit.*, pág. 1497, señala que “el principal fundamento de la conformidad es facilitar la celeridad y la simplificación de la Justicia Penal y

ajena a la universalidad del fenómeno procesal puede concebirla así, pues el proceso penal no sirve únicamente para actuar pretensiones acusatorias, para hacer incidir el *ius puniendi*, sino también tiene funciones, por ejemplo, de aseguramiento del derecho de libertad, de protección a la persona de la víctima.

En el derecho fundamental a la defensa personal y técnica está la esencia del fundamento de la conformidad⁴³⁹. A la defensa se le aseguran todos los medios lícitos para el ejercicio de la resistencia procesal, incluso con la posibilidad de provocar la anticipación de la tutela jurisdiccional. Nadie puede ser procesado o condenado sin que se le garantice todos los medios de defensa, comprendida la personal y la técnica. El acusado no está obligado a declarar. La conveniencia defensiva hará que declare o no, que comparezca o no a juicio. El principio insoslayable es el de la obligatoriedad de conferir al acusado la posibilidad de defenderse personalmente, de ser oído.

aliviar el trabajo de los órganos encargados de ella”. En esta línea, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., págs. 130 y 131, pone de relieve el fundamento utilitario de la conformidad, principalmente de la descarga de la administración de Justicia, pues el legislador, entre dotarla de recursos suficientes para enfrentar la crisis de la Justicia Penal, lo que le hubiera supuesto tener que recargar enormemente los presupuestos, optó por hacer una selección de infracciones, dejando el proceso penal para la represión de las más graves, con la idea de que el consenso (últimas reformas) sería “casi el único remedio para lograr la simplificación de la Justicia Penal”.

⁴³⁹ Según CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal español...”, cit., pág. 275, el derecho de defensa ha de ser visto bajo dos perspectivas: la de tipo formal “incumbe al exclusivo de las relaciones intraprocesales, más concretamente intraprocedimentales”, y se trata del deber del Estado de asegurar que el acusado pueda resistir a la pretensión, salvaguardando el contradictorio en igualdad de armas; la óptica sustantiva representa el derecho que acompaña a cada una de las partes para decidir libremente la estrategia que ha de sostener su pretensión, y el intento de neutralizar la argumentación opuesta. En esta línea, se decanta por admitir la espontánea renuncia a la defensa, “so capa de negar el propio albedrío del ser humano” (art. 10.1 CE), y producir una lesión al concepto integral de la defensa.

Sin embargo, la obligatoriedad de la defensa técnica no significa obligatoriedad de la prosecución de todo el cauce legal que se le pone a disposición. Ésta, ante la pretensión deducida, elige la mejor estrategia y, dentro de ésta, se encuadra la posibilidad de conformarse. Esto se aplica a todas las modalidades de conformidad, incluso a las negociadas de la pretensión acusatoria.

Ligada a la esencia defensiva de la conformidad está la motivación de evitar el estigma del proceso, de la pena y, principalmente, de los efectos malignos de la cárcel. Al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos⁴⁴⁰, la conformidad no retira los efectos de la condena, y puede significar el cumplimiento de una pena privativa de libertad en la cárcel. Por lo tanto, el fundamento de la aceptación de una sanción no retirará los efectos estigmatizantes de una condena o de la conducción a la cárcel, aunque este último pueda ser evitado o minorado ante la provisionalidad de la pretensión acusatoria y del hecho del acusado de haber cumplido una prisión provisional.

Ahora, en lo que respecta al estigma del proceso, puede aplicarse perfectamente a la conformidad, en la medida en que evita la realización del juicio oral, acortando el cauce del proceso. El acusado, sabiendo las probabilidades de una solución de condena, acepta anticipadamente el resultado para evitar las molestias del proceso.

Hay que tener en cuenta, también, que el fundamento de la conformidad, por generar la aceptación de una pena, está relacionado con su fundamento resocializador. La sanción consensual, discutida, determinada

⁴⁴⁰ La conformidad con la pena, en el sistema italiano -tras determinado período-, y en el brasileño, no produce los efectos de una sentencia de condena, a diferencia de los sistemas alemán, español y portugués.

horizontalmente, alcanza con mayor eficacia la resocialización que una sanción impuesta verticalmente.

La actitud colaboracionista del propio acusado que se somete voluntariamente a la sanción penal muestra una predisposición a aceptar las consecuencias de la pena y sus efectos rehabilitadores que es necesario ponderar a la hora de fijar su extensión..

El fundamento de la permisión legal para la emisión de un juicio de oportunidad, considerado en las reformas del proceso penal de Alemania, Italia y Portugal, para las infracciones criminales de escasa entidad, a las cuales se les está otorgando un tratamiento diferenciado a la pequeña criminalidad, no se aplican a la conformidad, principalmente porque la conformidad está dispuesta a las infracciones de mediana criminalidad -hasta penas concretas de seis años de privación de libertad-, y no a las faltas.

La posibilidad de la pronta reparación de la víctima es otro fundamento de la conformidad. El acusado puede reconocer, en el mismo acto en que se está conformando con la pena, la responsabilidad civil, tanto con el *quantum debeatur*, o únicamente con relación a aquélla. En todo caso, siempre con un manifiesto beneficio a quien sufrió el daño. Sin embargo, este fundamento de protección de la persona de la víctima está sólo parcialmente garantizado en la conformidad, pues, aunque se le posibilite una reparación anticipada, la disconformidad con la pena veda la conformidad civil, según el legislador. Por esto, abogamos la tesis de que la víctima pueda ejercer un control efectivo en la conformidad, con el establecimiento de un sistema de recursos o que pueda pedir la continuación del proceso.

E) Especies

Según el órgano judicial, la conformidad puede ocurrir ante el Juez instructor, ante el Tribunal competente para el Juicio Oral, ante al Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, y ante los propios Jurados.

Con relación al polo defensivo, la conformidad puede ser del defensor técnico -técnica-, en el momento en que presenta el escrito de calificación provisional, lo que puede ocurrir en los tres procedimientos, o del propio acusado en el momento de sus declaraciones -personal-. En estos supuestos, se exige, conforme a la ley, la anuencia entre el abogado y el acusado.

De acuerdo con los procedimientos, la conformidad puede ocurrir en el ordinario, abreviado o en el del Jurado. Asimismo, la conformidad es una manifestación permitida legalmente para la defensa -unilateral-, o del consenso entre las partes -bilateralidad-, prestada en la fase intermedia, o en la conclusión definitiva de los procedimientos en que tiene viabilidad de ocurrir.

También, según los efectos, observamos que la conformidad puede ser sólo criminal, cuando se restringe a admitir la sanción criminal -relativa-; criminal y civil, cuando, además de la aceptación de la pena criminal, la defensa acepta la responsabilidad civil -conformidad absoluta-. Esta conformidad civil, además, podrá ser total, cuando la defensa acepta la responsabilidad civil y no discute la cuantía a pagar, o parcial, cuando discutirá el *quantum debeatur*.

Aunque la ley sea omisa respecto de la hipótesis de que únicamente ocurre la conformidad con la responsabilidad civil, o de ésta con la cuantía solicitada, no divisamos cualquier óbice a su validez, manteniéndose

únicamente la continuación del juicio para apurar la responsabilidad criminal. Con esto se estaría protegiendo y dando una respuesta inmediata a la víctima del delito, uno de los fundamentos de la conformidad. Además, la pretensión acusatoria seguiría su cauce natural, sin que pretensiones de índole privada estén siendo actuadas en la esfera criminal.

Es cierto que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la noción de supremacía de la jurisdicción penal sobre la civil, y que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, en su artículo 13, consagraba ya este principio al poner de manifiesto que “pendiente la acción civil, podrá ejercitarse separadamente la penal; mas en este caso, se suspenderá el curso de aquélla hasta que la penal sea resuelta por sentencia firme”.

Sobre este principio, James GOLDSCHMIDT ha puesto de manifiesto que “la subordinación de la jurisdicción civil bajo la penal, que resulta de estas reglas, se funda en el aforismo francés de que *le criminel tient le civil en état* y arraiga en la idea de que la realización de intereses privados no deba anticipar a la justicia penal, cuya función es el mantenimiento del orden público; además, la consideración práctica de que el proceso penal, en el que cabe la acumulación de la acusación y de la acción civil, satisface los dos intereses, mientras que el proceso civil, tomando la delantera, satisface únicamente el interés civil”⁴⁴¹. No se trata de dar prioridad a la responsabilidad civil sobre la criminal, sino de proteger la persona de la víctima, de limpiar el proceso de pretensiones que se quedarían mejor en otra esfera del derecho.

Según FONT SERRA, “es importante no olvidar que la acción civil ejercitada dentro del proceso penal no pierde procesalmente su naturaleza, regiéndose por el principio dispositivo que le es propio. La acumulación de la

⁴⁴¹ *Problemas jurídicos...*, cit., págs. 186 y 187.

acción civil a la penal no significa otra cosa que la existencia de dos procesos diversos, que se sustancian a través de un solo procedimiento”⁴⁴².

Por lo tanto, podría argumentarse con la justificación de que la responsabilidad civil deviene de la práctica de un hecho criminal, aún no establecido jurisdiccionalmente, como lo hace BARONA VILAR⁴⁴³. Ocurre que el acusado puede ser consciente de que ha practicado un hecho criminal, y que lo que no admite es el límite de la sanción. Por esto, reconoce la responsabilidad civil, con menos costes, y satisfaciendo la perspectiva de la víctima.

La conformidad con la responsabilidad civil, cuando es total, implica allanamiento, admisión total de la pretensión de naturaleza reparadora, vinculativa total del órgano jurisdiccional, pues se trata de intereses privados y no públicos.

Respecto de los procedimientos, ya hemos manifestado que en la ley española no está prevista una forma de oportunidad o de consenso en el juicio de faltas, competente para el juicio de las infracciones de bagatela⁴⁴⁴. Se ha planteado la cuestión de aplicar o no a tal juicio los mecanismos previstos en los demás procedimientos. Aunque el Tribunal Supremo ha negado la conformidad en este procedimiento, una parte de la doctrina se inclina por entender que no hay nada que lo prohíba⁴⁴⁵.

⁴⁴² *La acción civil...*, cit., pág. 89.

⁴⁴³ En *La conformidad...*, cit., pág. 328.

⁴⁴⁴ Véase segunda parte, capítulo I, número 2.

⁴⁴⁵ Según AGUILERA DE PAZ, E., *op. cit.*, pág. 72, el Tribunal Supremo, ya en 1908 decidió no extender la conformidad al juicio de faltas, por sustanciarse de forma verbal, en un acto. Para FORCADA JORDI, M, “Acerca de la conformidad...”, cit., pág. 1025, su no aplicación al

F) Conformidad en el proceso ordinario

a) Momentos procesales

La conformidad en el proceso ordinario podrá ocurrir, según la ley, en dos momentos procesales, o sea, durante la presentación del escrito de calificación provisional de la defensa, cuando ya está concluida la fase intermedia, o sea, una vez decretada la apertura del juicio oral, o en el inicio de las sesiones del juicio oral, cuando se le pregunta al acusado si se conforma con la más grave de las sanciones pedidas (arts. 655 y 688 LECrim)⁴⁴⁶. Aunque prestadas en momentos diferentes, son manifestaciones de la legalización de un juicio de oportunidad. Aquí no se exige anuencia de la acusación.

Ahora bien, se trata de la misma conformidad, aunque manifestada en dos momentos diferentes, una por la defensa técnica y otra por la defensa personal. Tiene la misma naturaleza jurídica, los mismos requisitos y los mismos efectos. La denominación de confesión de la conformidad manifestada personalmente, dada por el legislador, es inapropiada⁴⁴⁷. No se observa una especie de disponibilidad o manifestación de un juicio de oportunidad de la acusación.

juicio de faltas vulnera el artículo 24.2 de la Constitución Española. *Vid.*, asimismo, MORENO VERDEJO, J., *Los recursos...*, cit., pág. 400.

⁴⁴⁶ Según MONTÓN REDONDO, A., *op. cit.*, pág. 489, en realidad, el Presidente debería preguntar al acusado si se considera culpable del delito según la calificación más grave, y civilmente responsable por la cantidad mayor fijada en las calificaciones de las partes acusadoras.

⁴⁴⁷ *Vid.* FAIRÉN GUILLÉN, V., “La disponibilidad...”, cit., pág. 251.

La primera oportunidad de conformarse ocurre en el momento en que la defensa tiene la posibilidad de resistir a la pretensión acusatoria que ha sido deducida en los escritos de calificación provisional por la acusación. Es el defensor quien la presenta, aunque sea presumible la existencia de un acercamiento entre el acusado y su abogado. Para su validez, se exige la ratificación del propio acusado, garantizándose el derecho de ser oído.

En la segunda oportunidad, es el acusado quien, personalmente, informa al órgano judicial que se conforma con la más grave de las acusaciones. Tras la declaración de apertura de las sesiones del juicio oral y de la lectura de los escritos de calificación provisional de las partes, se le pregunta al acusado si se confiesa responsable del delito, si admite la responsabilidad civil, y si se conforma con la acusación. Con la respuesta positiva del acusado respecto de la conformidad, se hace necesario que el defensor la ratifique, pues podrá pedir la prosecución del juicio oral (art. 694 LECrim). Nótese que aún no ha sido practicada ninguna prueba solicitada por las partes.

El escrito de calificación provisional limita el elemento objetivo de la pretensión, o sea, el hecho, permitiéndose en la conclusión definitiva un cambio en la calificación de los hechos descritos -esta alteración no es absoluta porque deberá considerar la persona acusada y el hecho-.

Sin embargo, a lo largo del juicio oral, principalmente en el momento de la producción de la prueba, podrá surgir una circunstancia modificativa de la calificación, de modo que rebaje la pena y permita la conformidad. Nos decantamos por aceptar la conformidad también en este momento procesal, aunque no esté prevista en la ley, pues también una de las finalidades es evitar la prosecución del juicio oral. Esta nueva situación fáctica, sólo ahora apuntada,

en realidad, ya existía en su esencia, en el tiempo en que podría haber sido prestada la conformidad, aunque no estuviera demostrada⁴⁴⁸.

Es innegable que la conformidad que se manifiesta en el escrito de calificación provisional abrevia el desarrollo del proceso penal, con más ahorro de actos procesales -proposición y admisión de la prueba, decisión sobre artículos de previo pronunciamiento, por ejemplo-. Sin embargo, este es un aspecto meramente utilitario, pragmático de la utilización de la conformidad. Aunque para su validez, la conformidad del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, necesita de la ratificación personal del acusado, la ley no exige que ocurra en un juicio público ante el órgano jurisdiccional, lo que ya no acontece con la manifestada espontáneamente en el acto del juicio oral⁴⁴⁹.

No podemos ser tan inocentes de descartar la posibilidad que hay de que la conformidad sea eventualmente ajustada entre el abogado defensor y la acusación, sin que el acusado tenga conciencia de lo que está ocurriendo, la cual es presentada en el escrito de calificación

⁴⁴⁸ Según la STS de 7 de febrero de 1994 (RA 717) la conformidad en el procedimiento ordinario prestada fuera de los dos momentos procesales previstos en la ley (arts. 655 y 688 LECrim), no produce los efectos de la “verdadera conformidad”. De acuerdo con la STS de 13 de marzo de 1995 (RA 1842), la conformidad, tanto en el ordinario, como en el abreviado, no puede ser prestada tras la celebración del juicio oral. También, la STS de 4 de noviembre de 1996 (RA 8044), señala que no podrá ser estimada la conformidad prestada tras el trámite de las calificaciones definitivas, o que sólo se permite en el Tribunal del Jurado. *Vid.*, asimismo, la STS de 28 de febrero de 1996 (RA 1331) respecto a los momentos en que puede ser prestada la conformidad en el proceso ordinario. Conforme GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales...*, cit., tomo 5, pág. 101, la ubicación de la conformidad antes del juicio oral se funda en el deseo del acusado de evitar la publicidad del juicio oral

⁴⁴⁹ Según GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales...*, cit., tomo 5, pág. 101, al comentar el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la publicidad de esta modalidad de conformidad es relativa, pues bastará que ocurra una comparecencia *ad hoc*, asistida por el abogado, bajo la fe pública del secretario, sin que sea preceptiva la convocatoria de vista oral.

provisional. Convencido el acusado de que ésta es la mejor salida, y que debe dar su conformidad al Presidente del Tribunal, será más fácil su perfeccionamiento con la simple comparecencia del acusado ante la Secretaría del Juzgado o ante el Tribunal para ratificarla. La ratificación ante el órgano jurisdiccional, en el juicio público es más garantista, no sólo para el acusado, sino para la transparencia de la justicia.

b) Requisitos

Los requisitos subjetivos se refieren a la valoración del órgano judicial, a la actuación de los acusadores, -principalmente del Ministerio Público-, del defensor y del acusado. La delimitación de la sanción pedida informa el requisito objetivo, mientras que en lo que atañe a la actividad, se extiende a la forma, lugar y tiempo.

La evaluación fáctica y jurídica del órgano judicial constituye un requisito de validez de la conformidad. El Juez de instrucción no ejerce ninguna forma de control sobre la conformidad en el procedimiento ordinario, pues, independientemente del momento en que se realiza, siempre ocurrirá ante el órgano judicial encargado del mérito de la causa. Se justifica este control jurisdiccional, en la medida que existe la posibilidad de que la sanción solicitada por la acusación, y aceptada por la defensa, no se ajuste a los hechos descritos, de forma que la pena congruente no se adecue con la conformada. Por lo tanto, el Tribunal no se constituye en mero espectador, inerte y pasivo, como ocurre en el sistema de la *plea bargaining*, sino que controla efectivamente la conformidad en el plano de su validez y eficacia. Incluso, la

ley no prohíbe que el Tribunal tenga la iniciativa, en el juicio oral, de proponer la conformidad (art. 688 LECrim).

El órgano judicial ejerce una función importante en la conformidad con la pena más onerosa. El lenguaje del Presidente del Tribunal, al comunicarse con el imputado, deberá ser claro y preciso (art. 693 LECrim), de modo que el acusado esté consciente de las posibilidades que tiene en el proceso, tanto de ser absuelto, como de ser condenado, tras el trámite normal, o después de conformarse. No puede haber duda sobre la voluntad del reo y, únicamente una emisión volitiva segura indica la validez de la aceptación de la pena. Además, esta actuación efectiva del órgano jurisdiccional se justifica porque el acusado está renunciando a la práctica de actos esenciales del proceso, abdicando del derecho de defensa, con una condena casi cierta, lo que cambiará su *status* de ciudadano común a ciudadano condenado.

El debido esclarecimiento al acusado no significa prejuzgamiento de la causa, sino que atiende a lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en la perspectiva de la tutela efectiva. El Tribunal no es un simple asistente, sino que controla la legalidad de la manifestación volitiva del acusado y de la defensa, pero limitado por el principio acusatorio, y el de no causar indefensión.

El Ministerio Público, como defensor de la legalidad, también juega un papel relevante en esta especie de conformidad, aunque ésta no dependa de su concordancia, pues se trata de una manifestación volitiva unilateral de la defensa. A pesar de esto, el acusador oficial es un fiscal de la legalidad del acto defensivo, debiendo dictaminar sobre la posibilidad o no de la conformidad, de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución Española.

El ordenamiento jurídico español contempla la posibilidad de la acción popular, incluso en el ámbito constitucional (art. 125 CE), y de la acción particular (art. 110 LECrim), que representan una intromisión privada en el derecho procesal moderno, pues el *ius puniendi* pertenece al Estado, que lo transfiere a los particulares en situaciones excepcionales -“delitos privados”-, o lo condiciona a la manifestación volitiva de la víctima o de sus representantes legales -“delitos semipúblicos”-.

Con la existencia de acusador particular y/o popular, la conformidad estará limitada, pues, además de la concepción privada que los orienta, como regla, fuerzan una calificación más grave a los hechos. Según el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la conformidad, para ser válida, debe considerar la pena más onerosa de las solicitadas.

Sin embargo, no puede negarse que el *ius puniendi* pertenece al Estado, que lo distribuye entre sus diversos órganos, justamente para evitar que la acción penal se constituya en una venganza particular. El precepto constitucional de la acción popular choca con el principio constitucional de prohibición de la indefensión, por el exceso de acusación. Por esto, abogamos, en *lege ferenda*, que la acusación pertenezca exclusivamente, en los delitos públicos, a un acusador oficial desvinculado del Poder Ejecutivo, permitiéndose la subsidiariedad acusatoria a la víctima, sus representantes legales o sucesores, como partes subsidiarias⁴⁵⁰.

Esta extensión de la legitimidad acusatoria, con extensión a cualquier ciudadano, además de potenciar el polo activo del proceso, aumenta la contaminación política de la Justicia, donde individuos se

⁴⁵⁰ Según ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 238, el acusador particular deberá participar de la negociación, con un parecer vinculante, representando, la utilización de la acción popular, una ventaja, pues controla el ejercicio de la oportunidad.

personan en los procesos para obtener publicidad, o perjudicar los oponentes políticos, con objetivos electorales. La Justicia y el proceso no pueden dar protección a esta especie de situaciones.

Habiendo pedido de absolución por parte de todos los acusadores, no hay pretensión de pena y, por lo tanto, no hay que hablar de conformidad con la pena, pues ésta no fue solicitada. El problema surge cuando el órgano acusador oficial interesa la absolución, y los demás acusadores la condena, con aplicación de una pena. ¿Es posible la conformidad? De acuerdo con la normativa legal, incluso constitucional, no hay porque no dar por válida, en estos supuestos, la conformidad. Sin embargo, en *lege ferenda*, además de la exclusión del actor popular, y del particular, consideramos que asumiendo el acusador oficial la exclusividad de la acusación, la conformidad debería considerar la postulación oficial y no la subsidiaria, pues la acusación oficial es el límite de la pretensión acusatoria en el proceso penal por “delitos públicos” y “delitos semipúblicos”.

Podría argumentarse, en contra a esta acepción, con el interés público que domina el proceso penal. Todavía, este interés público no pertenece a un sujeto específico, y está volcado a la priorización del *status libertis* frente al *ius puniendi*. Esto prohíbe que el Juez condene ante una petición de absolución. Además, el poder jurídico del órgano judicial está limitado por los principios acusatorio y de legalidad, y no por el *favor rei*.

Independientemente de la manifestación volitiva del acusado, sin la anuencia de su abogado, según la ley, proseguirá el juicio oral, y la conformidad no tendrá ningún efecto (art. 696 LECrim). La defensa técnica ya comienza a manifestarse en la presentación de los escritos de calificación provisional, alcanzando su punto máximo, con relación a la conformidad,

cuando el Presidente del Tribunal, tras la anuencia del acusado, le pregunta si considera necesaria la continuación del juicio oral.

Para que haya conformidad, se hace necesaria una manifestación volitiva del acusado y de su defensor en la misma dirección, o sea, una anuencia recíproca respecto de la aceptación de la pena más grave de las solicitadas por la acusación (arts. 694 y 696 LECrim). En el escrito de calificación, es el abogado quien se manifiesta favorable a la conformidad (arts. 652 y 655 LECrim), con la ratificación del acusado. En el acto del juicio oral, es el acusado quien se expresa favorablemente a la aceptación de una pena (arts. 688 y 694 LECrim). Su validez, según la ley, depende de la ratificación del defensor, pues la expresión legal es “calificación mutuamente aceptada” (art. 655.2 LECrim)⁴⁵¹.

A pesar de esta configuración legal, nos decantamos por entender que la ratificación de la conformidad del defensor, por el acusado, como la de éste, por aquél, deberá ser en juicio público, ante el órgano detentador de la potestad jurisdiccional, que es el garante de los derechos y de las libertades fundamentales. Además, la publicidad de la ratificación garantiza la transparencia y el control limitativo de los subjetivismos aparentes u ocultos, independientemente de la forma.

No es cualquier manifestación de voluntad del acusado la que suplente el requisito de su anuencia expresa. Para que sea válida, ha de ser necesariamente:

⁴⁵¹ Véase RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 168, cuando pone como ejemplos de una posible divergencia, la intención del defensor en prolongar el proceso para lograr más experiencia ante los Tribunales, aumentar el número de casos ganados, o sobrecargar la minuta de su cliente, o por el contrario la búsqueda de una solución rápida para ahorrar tiempo y recibir lo antes posible la remuneración.

a) absoluta, es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna; b) personal, es decir, dimanante de los propios acusados, o ratificada por ellos, personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermedio; c) voluntaria, esto es, consciente y libre; d) formal, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables; e) vinculante, tanto para los acusados como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formuladas, han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada, salvo los supuestos referidos al inicio -absolver, aplicar pena menos grave, no aplicar pena superior, sino, en estos casos, mandar seguir el juicio oral-⁴⁵².

Además, el acusado deberá disponer de capacidad psíquica suficiente para entender el carácter ilícito del hecho o de determinarse conforme su conocimiento⁴⁵³. Por esto, no admitimos la conformidad cuando no haya plena capacidad volitiva o intelectual⁴⁵⁴. Además, la ratificación del acusado deberá ser expresa y no tácita.

⁴⁵² Vid. las SSTs de 1 de marzo de 1988 (RA 1511), de 7 de noviembre de 1990 (RA 8777), y el ATS de 13 de enero de 1992 (RA 259). Todas en el mismo sentido.

⁴⁵³ Según AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso...*, cit., págs. 81 y 82, no es válida la conformidad cuando el acusado carece de alguna capacidad de juicio y de discernimiento, incluso trayendo, en este sentido, una decisión de la Audiencia Provincial de Albacete y otra de la Audiencia Provincial de Valencia. Vid., asimismo, GIMENO SENDRA, V., *Procesos penales...*, cit., tomo 5, págs. 61 y 62, sobre la capacidad del enfermo mental para conformarse.

⁴⁵⁴ ALMAGRO NOSETE, J., *El nuevo...*, cit., págs. 149 y 150, señala la diferencia entre las medidas de seguridad (arts. 96 y ss. del CP), y las medidas protectoras, que son medidas de seguridad postdelictuales consignadas “respecto de enajenados, menores, o personas que tengan gravemente alterada la percepción de la realidad” (arts. 20, 21.1, 101 y ss. CP).

El poder jurídico de la defensa técnica, según la previsión legal, se coloca en igualdad con la defensa personal, pues basta la manifestación contraria del abogado defensor para que no sea efectiva la conformidad. Cuando el abogado manifiesta la conformidad, en el escrito de acusación, evidentemente la está haciendo con la concordancia del acusado, aunque no sea imposible la hipótesis contraria. Sin manifestación volitiva en el mismo sentido, del acusado y de su abogado, no existe conformidad (arts. 655 y 694 LECrim).

A pesar de estas exigencias del legislador, somos partidarios de la primacía de la manifestación de voluntad del acusado frente a la de su defensor, de la defensa material frente a la técnica o formal, pues al letrado incumbe seguir la estrategia del acusado, a quien corresponderá cumplir la sanción, que es personal e intransferible. Así, seguirá el juicio oral cuando el acusado no ratifica la conformidad del escrito de acusación, o no se conforma en el acto del juicio oral⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., pág. 61, que sostiene la prosecución del proceso en casos de divergencia entre el acusado y su abogado, a favor del procedimiento completo, que ofrecería mayores garantías a la obtención de un fallo justo. Llega a proponer una convocatoria simultánea del acusado y del abogado, en presencia del Tribunal, para evitar la divergencia, nombrándose otros dos abogados para dictaminar al respecto. Según GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos...*, cit., pág. 179, la independencia del abogado defensor estriba en el derecho y en el deber de contribuir a la comprobación de la verdad; sin embargo, añade que esta actuación ha de verificarse únicamente con la tendencia de probar la inocencia o la penalidad atenuada del procesado, pues la institución de la defensa arraiga en la calidad del procesado como parte, y por eso no se impone al defensor el deber de la imparcialidad. Por otro lado, DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 333-339, se decanta por la prevalencia de la autodefensa frente a la defensa técnica, pues el acusado es el titular del derecho de defensa. Por su parte, MORENO CATENA, V., *La defensa...*, cit., pág. 44, parte del presupuesto de que el derecho a la defensa en general y la asistencia de un defensor es un derecho constitucional que se incluye dentro de los derechos humanos

Imputándose la responsabilidad civil a cualquier otra persona, ésta será convocada para que declare si se conforma con las conclusiones de la calificación (692 LECrim). La persona a la que sólo se le haya atribuido la responsabilidad civil puede no estar presente en el acto de la conformidad, o no conformarse con el escrito de acusación. El efecto es la prosecución del juicio oral con relación a ella. La actividad del actor civil se limita a la pretensión indemnizatoria, sin que pueda interferir en la pretensión acusatoria.

Como en el juicio ordinario se procesan los delitos cuya pena privativa de libertad supera a los nueve años de pena abstracta, la conformidad ocurrirá de forma excepcional⁴⁵⁶, pues no podrá ser prestada cuando la solicitud de pena privativa de libertad supere a los seis años (art. 655 LECrim). En este concepto deben ser comprendidas las penas accesorias a la privación de libertad, de modo que una vez manifestada la conformidad con la sanción privativa de libertad, están incluidas las demás penas accesorias.

inalienables. Por esto, la autonomía del imputado, como titular de tales derechos, deberá prevalecer frente a la autonomía del defensor, cuando exista entre ellos un conflicto.

⁴⁵⁶ Según GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 598, la regulación de la conformidad en el procedimiento anterior a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, no posee una gran relevancia práctica, aunque no se haya formalmente derogado la conformidad del proceso ordinario, cuya eficacia se limita a mero valor supletorio. Asimismo, GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional...*, cit., 263, ha señalado que la conformidad sólo es posible en los procesos abreviados, porque hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la pena máxima a la que se podía conformar el acusado era de seis años de privación de libertad - prisión menor-. MONTÓN REDONDO, A., *op. cit.*, pág. 489, pone de manifiesto la cuestión sobre la imposibilidad de preguntar al acusado si se conforma con la pena más grave, en este procedimiento con pena superior a los nueve años, teniendo en cuenta el límite legal de la conformidad, señalando si es siempre así, o debe considerarse que, una cosa es el ámbito de la aplicación del procedimiento, y otra la que la acusación pueda pedir, cuando estimen la concurrencia de posibles circunstancias reductoras de la petición de condena a los márgenes permisivos de la conformidad.

Sin embargo, esto no significa que la conformidad, en el procedimiento ordinario haya sido derogada. En primer lugar, porque la ley expresamente la admite en lo que atañe a la más onerosa de las penas pedidas; segundo, porque las leyes posteriores no derogaron expresa o tácitamente los artículos 655 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que, por el contrario, las reformas hicieron una remisión expresa a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y, en tercer lugar, porque pueden incidir también en este procedimiento ordinario, causas atenuantes o eximentes incompletas, capaces de encuadrarse en los supuestos de la conformidad.

De todo esto se deduce que una cosa es la pena abstracta, limitadora de la competencia y del cauce procedimental y otra, bien distinta, es la contenida en el *petitum* de la pretensión acusatoria, o la congruente con todos los elementos y circunstancias descritas en el proceso penal. Para la determinación del procedimiento no llevan en consideración las eventuales circunstancias atenuantes o eximentes, pues implican el establecimiento de la pena concreta y no de la abstracta.

¿Y si hubiera consenso entre la acusación y la defensa respecto de la conformidad con penas por encima de los seis años? ¿o si el acusado y su defensor manifiestan expresamente la aceptación de la pena más grave de la solicitada, el Tribunal no podrá valorarla? Según la ley, cualquier conformidad con sanciones que excedan a los seis años no producirá los efectos legales, esto es, el Tribunal no podrá dictar inmediatamente la sentencia. Aquí nos detenemos con varias cuestiones: interpretación literal de la ley, la disponibilidad del derecho de defensa, la garantía del justiciable -renunciable o no-, al derecho a la libertad, y el deber del órgano judicial de evitar la indefensión, garantizando los derechos fundamentales del acusado.

La solución más sencilla es aplicar la literalidad legal, negativa de la validez de la conformidad que supere a los seis años de privación de libertad, pero, este es un fundamento meramente formal. Por esto, pensamos que la prohibición de la conformidad a penas concretas superiores a los 6 años de privación de libertad, encuentra soporte en el deber del órgano judicial de garantizar los derechos fundamentales del acusado, aunque la defensa los renuncie. Únicamente es admisible esta disponibilidad en las infracciones menores, dentro de los límites legales. Por esto, nos decantamos por la inadmisibilidad de la conformidad respecto de sanciones pedidas que superen los seis años.

Eventualmente, ante una conformidad con una pena superior al límite legal, se podría permitir al órgano judicial, al considerar una atenuante, o una eximente aplicable al caso concreto, reconocerla y dictar sentencia de conformidad, dentro del término legal.

No obstante, el derecho de defensa no podría, como se admite en el reconocimiento de los hechos y en la conformidad, ser renunciado cuando se trata de aceptación del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sin embargo, la ley lo permite. Estos dos institutos deberían ser aplicados a las infracciones criminales en que no sea posible el encarcelamiento, pues la protección del derecho de libertad, como derecho fundamental, es indisponible e irrenunciable, siendo los órganos judiciales los máximos guardianes de estos derechos fundamentales.

¿Y el *petitum* máximo de pena está restringido a cada infracción o deben ser sumados los diversos pedidos? Pensamos que el límite se extiende a

cada infracción criminal, pues éstas son objeto del mismo proceso únicamente por una cuestión de índole procesal y no material⁴⁵⁷.

Lo que merece críticas no es la conformidad en sí, como tratamiento diferenciado para las infracciones de menor entidad, sino la aceptación de una pena aplicable a la mediana y hasta grave criminalidad. Además, consideramos que la conformidad debería ser limitada por la pena máxima abstracta, informadora de la gravedad de la infracción, ya estipulada en consideración al bien jurídico protegido, y no con el *petitum* máximo de pena formulada por las partes acusadoras, pues la función individualizadora de la pena no pertenece a las partes, sino al órgano judicial. Aún, el *petitum* concreto de pena no es un elemento esencial de la pretensión acusatoria, sino solamente el *petitum* de que el acusado sea enjuiciado, condenado y que sea aplicada la pena correspondiente. Actualmente, la solicitud de una pena concreta, y además, la más grave de las acusaciones, constituye un elemento esencial y fundamental de la conformidad.

Por lo tanto, de *lege ferenda*, abogamos por el establecimiento de un límite de la conformidad con la pena en abstracto, destinada a las infracciones de menor potencial ofensivo, manteniéndose una simetría con la suspensión de la ejecución de la pena, anticipándose la solución, con aceptación de la defensa, ofreciéndole alguna ventaja, como por ejemplo, la retirada de algunos efectos de la condena. Además, hay que examinar las condiciones personales del acusado, principalmente sus antecedentes criminales y su conducta social. Esto

⁴⁵⁷ Según VARELA CASTRO, L., "Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, IX, pág. 206, al tratar de la conformidad en el procedimiento abreviado, deberá ser tomada en cuenta la pena pedida a cada delito, aunque la suma supere el límite legal, salvo los casos de conexión que haga improcedente la separación de los procedimientos.

evitaría toda la problemática de la vinculación absoluta o relativa del Tribunal a la conformidad, de la discusión de la vulneración de los principios acusatorio y de la prohibición de indefensión, encuadrándose dentro del marco de las últimas reformas de Italia y Portugal. Asimismo, por ejemplo, se evitaría la “un tanto extraña” situación a que se ha enfrentado por el Tribunal Supremo, en un recurso donde la defensa manifestó su conformidad con el escrito de acusación que había omitido el *petitum* de pena, lo que llevó el Juez a absolver al acusado⁴⁵⁸.

Como estamos poniendo de relieve, somos partidarios de una participación limitada de los sujetos en el polo activo acusatorio, el cual debería restringirse al acusador oficial, siempre que esté desvinculado de los demás poderes, manteniéndose la posibilidad de la víctima, o de su representante legal de actuar como litisconsorte facultativo con el Ministerio Fiscal. Estas partes acusadoras participarían activamente en la conformidad. Evidentemente esto sería posible únicamente con una reforma de la Constitución Española.

Otro requisito de validez de la conformidad, según el artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es la preceptiva prueba de que del cuerpo de delito⁴⁵⁹ esté en el proceso. La doctrina justifica la prosecución como garantía para evitar una condena indebida, adoptando las precauciones necesarias ante

⁴⁵⁸ La STS de 22 de octubre de 1991 (RA 7347) estimó el recurso por nulidad *ope legis* -ausencia del *petitum* de pena-, con fundamento en el defecto de forma del acto procesal, lo que implicó ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin (art. 240.1 LOPJ). *Vid.*, asimismo, PALOMO DEL ARCO, A., “Dosimetría y conformidad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, págs. 375 y 376, respecto de la omisión de incorporación de alguna pena en el *petitum* acusatorio.

⁴⁵⁹ Por cuerpo de delito se entiende los elementos idóneos o capaces de probar la existencia de una infracción criminal.

una posible actuación por error⁴⁶⁰, en la búsqueda de la verdad material⁴⁶¹, o porque el acusado podría haber podido ocultar o haber hecho desaparecer fuentes de prueba, mercedo, como consecuencia de su conducta obstruccionista y contraria al deber de probidad, la pérdida del beneficio de la conformidad⁴⁶².

Nos parece prudente no aceptar una conformidad cuando no está debidamente demostrada la existencia del delito. Sin embargo, pensamos que, una vez demostrada la existencia del cuerpo de delito, la conformidad debería producir sus efectos, siempre que sea aceptada la pena antes de la sentencia. Así, lo mejor sería continuar el proceso siempre que la existencia del cuerpo de delito dependa de su continuación, o suspenderlo hasta que éste venga a los autos. Evidentemente que la solución absolutoria prima sobre la conformidad con la pena.

En cuanto a los requisitos de actividad, forma, lugar y tiempo, hemos optado por tratarlos en un apartado especial, con el título momentos procesales, debido a su importancia dentro de la distinción de las diversas etapas procedimentales en que puede ocurrir la conformidad, lo que facilita la diferenciación con la prestada en los demás procedimientos.

⁴⁶⁰ Según VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, cit., pág. 123, cuando se trata de un delito de los que necesariamente dejan "cuerpo", cuya existencia en el sumario no se haya podido hacer constar, a pesar de la conformidad del procesado o procesados y de sus defensores, debe seguir el juicio.

⁴⁶¹ ALMAGRO NOSETE, J., *El nuevo...*, cit., pág. 142.

⁴⁶² Vid. BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., pág. 257; y GIMENO SENDRA, V., "La nueva...", cit., pág. 980.

La aceptación de la pena puede ser escrita u oral, dependiendo del momento procesal en que es prestada la conformidad, y quién la manifiesta⁴⁶³. Además, cumple esclarecer que no se admite conformidad en el procedimiento ordinario, fuera del trámite normal de proceso, o sea, en el escrito de calificación de la defensa o ante el Tribunal de mérito.

El Secretario Judicial, por más sabiduría que tenga, no es un sustituto o representante del órgano judicial, y no detenta la potestad jurisdiccional necesaria para la validez de la conformidad. Por esto, son abominables las prácticas hechas al margen de la ley, en la medida que aumentan la falta de transparencia de la conformidad, garantizada por la presencia del órgano judicial.

Tras el auto de apertura del juicio oral, las partes son comunicadas para que presenten sus escritos de calificación provisional. En este momento, cuando ya existe la deducción de la pretensión acusatoria, la defensa puede conformarse con la sanción criminal más grave. Como se ha señalado, la conformidad se manifiesta en el escrito técnico, pero exige, para su validez, el requisito de la ratificación del propio acusado, a la postre, la cual, una vez que ocurra, implica el término del proceso, con sentencia sobre el fondo.

Siempre que la aceptación de la sanción no haya ocurrido durante la presentación de la resistencia defensiva, el acusado, personalmente, tras la apertura del juicio oral propiamente dicho, puede comunicar al órgano jurisdiccional que lo está interrogando, que se conforma con la pena más grave. Ratificada por la defensa técnica, implica el término del proceso, también con resolución sobre el fondo.

⁴⁶³ Vid. MIRA ROS, C., *op. cit.*, pág. 267 y ss., los elementos formales de la conformidad, y el señalamiento de las ventajas y de los inconvenientes de la forma oral y escrita.

Admitida nuestra tesis de que es posible un tercer momento de aceptación de la sanción, la defensa -acusado y abogado- podrían, oralmente, interrumpir el acto procesal que se está practicando, y pedir que el Tribunal dicte sentencia inmediatamente. Deberá de ser oída la acusación, pues, al mismo tiempo en que surge una causa de disminución de pena, puede evidenciarse una causa de aumento.

c) Efectos

Concluidas las fases de instrucción o sumario y la intermedia, el proceso ya se halla en la fase de juicio oral, cuando podrá ocurrir la conformidad de la defensa con la sanción más grave, en el proceso ordinario. Además, la acusación ya ha deducido la pretensión acusatoria. Por esto, el acusado ya tiene una dimensión, aunque provisoria, de la acusación, de los medios de prueba solicitados, y de la solicitud de pena.

No hay dudas de que ha sido ejercida la acción penal, pues hay una provocación del órgano jurisdiccional, y que la pretensión acusatoria fue deducida, pues la acusación presenta sus escritos de calificación provisional. También, la defensa ha presentado su oposición generalmente como estrategia defensiva.

El poder de disposición de la defensa no produce cualquier efecto sobre la abreviación de la fase preliminar, sino en lo que atañe a la continuación del proceso, o sea, la conformidad en el procedimiento ordinario implicará la no realización del juicio oral, produciéndose la terminación anticipada del proceso,

con sentencia sobre el fondo. Este es un efecto de naturaleza estrictamente procesal, pues la defensa está disponiendo, en parte, del proceso. Sin embargo, esta abreviación del procedimiento implica relevantes efectos de derecho material, pues el Juez o Tribunal estarán ante una situación precaria en relación al conjunto probatorio.

No habiendo acuerdo sobre la responsabilidad civil, a pesar de la conformidad con la pena, el juicio oral proseguirá con relación a la pretensión indemnizatoria. Asimismo, continuará el juicio oral si el acusado, aunque reconociendo el *an debeatur*, no se conforma con el *quantum debeatur*. Así, de la conformidad podrá resultar la utilización del juicio oral únicamente para agotar la responsabilidad civil o su cuantía.

Independientemente de las hipótesis que pueden surgir en los supuestos de una acusación contra más de un sujeto, basta que uno de ellos no se conforme con la pena, con la responsabilidad civil, o con la cuantía pedida, para que la conformidad no produzca sus efectos, tanto de naturaleza criminal, como civil. Podrá surgir la paradójica situación de un juicio oral para concluir la responsabilidad criminal de un acusado que ya la admitió, o el *quantum* debido de la indemnización ya aceptada. Ésta es la solución dada por el legislador (art. 655, IV, LECrim), y acogida mayoritariamente por la doctrina, la cual merece críticas⁴⁶⁴.

Tres cuestiones básicas, en cuanto a la prosecución del juicio oral deben ser analizadas: la pluralidad subjetiva, la pluralidad de hechos imputados, y la coexistencia de la pretensión de naturaleza civil en el proceso penal.

⁴⁶⁴ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., pág. 86; y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 270.

La solución dada por el legislador, en lo que atañe a la pluralidad de sujetos es sencilla. Basta que uno de ellos no esté de acuerdo con la pena o con la reparación, para que la conformidad no tenga eficacia. Únicamente cuando todos los sujetos aceptan la pena -conformidad total-, y la indemnización -conformidad absoluta-, es cuando la conformidad genera sus efectos⁴⁶⁵.

A una pluralidad de sujetos puede ser imputada la misma infracción criminal, más de una, o consecuencias jurídicas diferentes, devenidas del mismo o de varios hechos -autoría y participación, por ejemplo-. En lo que atañe a la conformidad, lo que nos interesa es la pena concreta, pues sobre ella es la que incidirá la aceptación. Sin embargo, la pena es la consecuencia de la calificación jurídica dada al hecho, por lo que debe ser tomada en cuenta para efectos de separación, o no, de los procesos en los supuestos de conformidad.

Ante la pluralidad subjetiva y la disconformidad de uno de los sujetos, con el otorgamiento de un hecho o más de uno a diferentes sujetos, podrían plantearse cuatro soluciones: a) negación de eficacia a la conformidad parcial, con la prosecución del juicio oral para todos -solución dada por el legislador- (art. 655, IV, LECrim)⁴⁶⁶; b) admisión de la conformidad parcial, desde que sea

⁴⁶⁵ La STS de 4 de noviembre de 1996 (RA 8044), señaló que la conformidad no podía ser estimada en el caso concreto, porque uno de los acusados no se había conformado. La STS de 27 de julio de 1998 (RA 6990) afirmó que el juicio oral debería haber seguido contra todos los acusados, y no sólo con los que no se habían conformado con la pena. La STS de 19 de julio de 1989 (RA 6265), se apartó de la doctrina anterior del Tribunal Supremo -continuación del juicio oral contra todos, sin que la conformidad genere efectos-, para determinar que la pena del acusado que se hubiera conformado debe ser adecuada con las calificaciones provisionales, como si no hubiera sido realizado el juicio oral con relación al acusado que se conformara. Sin embargo, admitió que el juzgador podía aplicar una pena más onerosa que la conformada.

⁴⁶⁶ Según la STS de 6 de octubre de 1982 (RA 5602), la conformidad, para generar efectos, exige el asentimiento de todos los acusados. *Vid.*, asimismo, el ATS, 21 de julio de 1993 (RA 7137), que decidió la continuación del proceso, y la STS de 19 de julio de 1989 (RA 6265),

posible separar los hechos -hurto para “A” y lesiones para “B”-, en los supuestos de conexión meramente formal, con el seguimiento de cauces procesales distintos; c) aceptación de la conformidad de uno de los sujetos, con la separación de los procesos, en la conexión substancial -hurto consumado para “A” y hurto intentado para “B”-, o; d) admisión de la conformidad del sujeto, en la identidad del hecho -hurto para “A” y para “B”-.

Las razones invocadas para que la conformidad parcial no produzca sus efectos provienen de la posibilidad de decisiones contradictorias⁴⁶⁷, devenidas del fraccionamiento de los hechos, y para garantizar el derecho a un proceso público con todas las garantías⁴⁶⁸. Primeramente, se observa que mantenida la unidad procesal, existe la posibilidad de decisiones diferentes -condena de “A” y absolución de “B”-, tanto en la imputación de un hecho, o de varios hechos a más de un sujeto. En segundo lugar, en la eventualidad de decisiones contradictorias -condena de “A” que se ha conformado y absolución de “B” que no ha aceptado la sanción-, el interesado puede revocar la sentencia a través de la revisión criminal⁴⁶⁹.

que optó por la prosecución, pero sin la posibilidad de ser aplicada una pena superior a la aceptada por el acusado conforme. En el caso concreto de la última sentencia, uno de los acusados se había conformado y otro no. En la continuación del proceso, el que se había conformado no propuso prueba y se quedó en una actitud pasiva. En la calificación definitiva, el fiscal alteró el *petitum* de pena, de 3 para 8 años y el que había aceptado la pena de 3 años, fue condenado a la pena de 6 años. El recurso fue estimado por quebrantamiento del principio acusatorio.

⁴⁶⁷ AGUILERA DE PAZ, E., *op. cit.*, págs. 88 y 372.

⁴⁶⁸ AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso...*, págs. 85 y 97.

⁴⁶⁹ Así, DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., pág. 353, señala la posibilidad de utilización del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “siempre que la sentencia de conformidad se dictase al mismo tiempo que la del resto de coacusados, es decir, una vez finalizado el juicio oral”.

Hay que respetar las diferentes estrategias defensivas en el proceso penal. Para un sujeto puede interesar la aceptación de la sanción, sea para obtener la libertad inmediata -casos de prisión preventiva-, sea para no enfrentarse a los cauces del juicio oral, o bien para evitar una posible alteración *in malam partem* en la calificación definitiva -posibilidad de la práctica de una prueba desfavorable a su situación actual-.

Además, el carácter personalísimo de la sanción criminal implica medición individualizada de la pena, esto es, para cada sujeto separadamente, pues el *ius puniendi* se proyecta sobre la conducta de cada acusado. Por esto, la solución habrá de ser a favor de la conformidad, con la separación de los procesos, con fundamento en el derecho de defensa. Contra los sujetos que no se conformaran, el proceso seguiría su cauce procedimental normal y, en lo que atañe a los sujetos alcanzados por la conformidad, el proceso seguiría el cauce específico de la conformidad⁴⁷⁰.

Se podría argumentar que el propio legislador ha permitido que se juzgue a cada uno de los imputados en procesos separados, ante la conexión, según el artículo 784.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, el artículo 746.6.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite el juzgamiento independiente en los supuestos de enfermedad o incomparecencia de alguno de

⁴⁷⁰ Véase DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 341-348, cuando se decanta favorablemente por el trato diferenciado, con fundamento en el principio del *fair trial*, o derecho del individuo a un proceso penal justo en el amplio sentido del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española. En los casos de conexión, se decanta por la separación de los procesos. Además, añade que en el proceso penal no hay litisconsorcio pasivo necesario, pues cada uno de los acusados está limitado por su propio acto, independientemente de los demás; y que la sentencia dictada en conformidad nunca afectaría al tercero posteriormente enjuiciado.

los procesados citados personalmente. También, los artículos 793.1 y 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autorizan el seguimiento de la causa en rebeldía de coacusados.

Lo mismo debería ocurrir en los supuestos de acumulación subjetiva con acusado sin capacidad psíquica de conformarse, o ante la ausencia de uno de los sujetos en el acto del juicio oral. No admitir la conformidad de aquél que tiene plena capacidad de prestarla, o de quien está presente en el acto del juicio oral, es admitir un tratamiento diferenciado, contrario a la estrategia defensiva, únicamente debido a la existencia de un coimputado.

Además de la pluralidad de sujetos, también podrá ocurrir la pluralidad de hechos, imputados al mismo, o a diferentes sujetos, concomitantemente. Ante esta situación, ¿podrá la defensa conformarse únicamente con la pena solicitada a uno de los hechos? La supremacía del *status libertatis*, que se perfecciona con el ejercicio de la defensa, informa que también en lo que respecta a la pluralidad de hechos, la separación de los procesos debe ser acogida como estrategia defensiva.

La conformidad, en relación a la responsabilidad criminal y la civil, podrá ser absoluta -aceptación de la pena criminal, del *an debeatur*, y del *quantum debeatur*-, o relativa -aceptación sólo de una de las responsabilidades, de las dos, y no de la extensión indemnizatoria-. El legislador otorga efectos a la conformidad criminal, independientemente de la aceptación de la responsabilidad civil, o de su cuantificación. Es una solución jurídicamente adecuada. Sin embargo, merece crítica la prosecución del proceso en el juicio criminal para apurar la responsabilidad civil, o su extensión. Pensamos que, ante la conformidad con la sanción y la disconformidad con la responsabilidad civil o con el *quantum debeatur*, el proceso debería ser remitido de oficio a uno

de los juzgados civiles competentes, donde la pretensión debería recibir la debida delimitación, siguiéndose sus trámites según los cauces del proceso civil. Siendo competente el mismo juzgado, simplemente se haría una adecuación del procedimiento. Además, no hay cómo dejar de admitir que la disconformidad con la responsabilidad civil, tras la conformidad con la pena, contaminará, aunque no conscientemente, la decisión del Tribunal que analiza la conformidad.

Aunque prosiga el juicio oral, tanto la ausencia de conformidad con la responsabilidad civil, como con relación al valor fijado en ésta, la prueba en el juicio oral se limitará a esos efectos, sin que sea posible la reanudación de la situación respecto de la conformidad ya consumada⁴⁷¹.

Y, ¿la conformidad con la responsabilidad civil surtirá efectos, independientemente de la aceptación de la pena?⁴⁷² La naturaleza jurídica de las pretensiones acusatoria y civil son distintas, aunque tengan origen en un mismo hecho. La primera conlleva un interés público de incidencia del *ius puniendi*, y la segunda un interés reparador, de índole privada. No siempre los sujetos procesales involucrados en las dos pretensiones son los mismos, principalmente

⁴⁷¹ La STS de 28 de febrero de 1996 (RA 1331) dispuso la continuación del juicio en los supuestos en que el acusado se conforma con la responsabilidad criminal, pero no con la civil, “la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil que el procesado no hubiese admitido de conformidad con las conclusiones de la calificación”.

⁴⁷² Según FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 97, “la conformidad civil, que no vaya unida a la conformidad penal, es sin duda un acto de disposición de carácter material, pero carece propiamente de trascendencia procesal”. También, pone de relieve que “sin la conformidad penal, la conformidad civil, aunque pueda excluir el debate en torno a la responsabilidad patrimonial, no pondrá fin al proceso penal, ni determinará necesariamente el contenido civil de la sentencia. Si el juez, pese a la conformidad civil, acaba dictando sentencia absolutoria penal, no podrá pronunciarse en torno a la responsabilidad civil”.

cuando el órgano oficial no tiene el monopolio de la acción penal. A pesar de rechazar este tipo de acumulación, tenemos que analizarlo y delimitar su índole con relación a la conformidad con la pena.

Las situaciones se multiplican en la medida que se considera automáticamente deducida la pretensión civil por el Ministerio Público, en el momento en que deduce la acusación. ¿La conexión de pretensiones puede deshacerse cuando se acepta una y no la otra?

El legislador ha omitido la posibilidad de que un acusado acepte la indemnización, sin que acepte la pena. Una solución precipitada se decantaría por rechazar los efectos de la conformidad con la responsabilidad civil, sin la criminal, pues aquélla es una consecuencia de esta última. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el acusado, dentro de su derecho de defensa, aunque no acepte la sanción criminal, por demasiada, puede tener interés en acordar la responsabilidad civil. En estos supuestos de un verdadero allanamiento a la pretensión de naturaleza patrimonial, podría seguir el proceso únicamente para establecerse la responsabilidad criminal o su extensión. Podríamos añadir al fundamento del derecho de defensa, el de protección a la persona de la víctima.

Además de las peculiaridades respecto a la posibilidad de no ser admitida la responsabilidad civil o la cuantía postulada, hay que considerar la responsabilidad civil directa -compañías aseguradoras-, y la subsidiaria, derivada de la práctica de un hecho criminal. Una cuestión que merece detenerse es la vinculación de los corresponsales con los efectos del allanamiento civil del responsable principal por la reparación. En principio,

están subordinados a la manifestación de voluntad del deudor principal, la cual sirve de fundamento a la actuación de la pretensión por el órgano juzgador⁴⁷³.

Los responsables subsidiarios y los corresponsales no pueden impedir que el responsable directo admita la responsabilidad civil y/o sus límites, pues el poder de disposición sobre los hecho que propicia la indemnizatoria pertenece a este último. Evidentemente, a los responsables subsidiarios, o corresponsales -compañías aseguradoras- no se le pueden quitar los medios de defensa, o sea, la posibilidad de discusión de la incidencia de los requisitos inherentes a su deber de indemnizar, de su estimación, o de su cuantía, incluso de interponer recurso, siempre que haya gravamen. Sin embargo, no la pueden impedir, ni aunque estén personados en el proceso⁴⁷⁴.

Esto no les impide presentar el incidente, con escrito propio para discutir la obligación de afianzar y de satisfacer el importe indemnizatorio por el siniestro a los asegurados, aplicándose estas reglas a los responsables civiles subsidiarios y a las entidades responsables por el seguro voluntario (arts. 616, 617, 618 y 784.5 LECrim). Proseguir en una instancia criminal, sólo para discutir la responsabilidad civil subsidiaria o

⁴⁷³ Según FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 100, en ningún caso será declarado tercero civilmente responsable, si no se condena penalmente al imputado.

⁴⁷⁴ La STS de 20 de septiembre de 1982 (RA 4947) ha puesto de relieve que tiene legitimación, por ejemplo, cuando sea impuesto el pago fuera de los límites, o sea condenada a indemnizar a personas legalmente excluidas del ámbito del seguro. También, la STS de 1 de junio de 1987 (RA 4069) ha señalado que las compañías aseguradoras pueden interponer recurso siempre que haya gravamen. Por esto, cuando la condena se hace dentro de los límites legales del seguro voluntario, carecen de legitimación. También, cuando la compañía tenga sus alegaciones fundamentadas en la absolución del acusado, en vía de recurso no podrá alterar su línea argumentativa. Así, no podrá interferir en la conformidad con la pena, pues no es parte acusadora. Véase, asimismo, FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 101, cuando señala que al tercero debe permitirse debatir los hechos que resulten del sumario, también en cuanto constitutivos de delito, coadyuvando en la defensa del imputado.

la cooresponsabilidad, es un privilegio a estos entes desvinculados de los fundamentos del consenso. La mejor solución sería la discusión en el ámbito de la jurisdicción exclusivamente civil.

Según la orientación de la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, los fiscales deben vigilar para que los responsables civiles subsidiarios y las aseguradoras sean llamados al proceso, siguiendo su cauce natural cuando no haya conformidad con la responsabilidad civil. Incluso, la orientación es para velar por la notificación de la conformidad cuando ésta ocurra en la fase de calificación. Señala que, si el acusado se conforma en el acto del juicio oral, y el responsable civil subsidiario discrepare de la conformidad del responsable civil del hecho, se entenderá aplicable el artículo 695, continuando el juicio a los solos efectos de debatir tal responsabilidad civil subsidiaria y su alcance. Si el responsable civil no hubiese comparecido y hubiese sido citado en forma, si no apareciere justificada su ausencia, se interesará que el Tribunal pase a dictar sentencia de conformidad, condenando también al responsable civil, cuya ausencia injustificada no será causa de suspensión del juicio. La no comparecencia injustificada del responsable civil subsidiario pasa a tener un tratamiento análogo a la *ficta confesio* (arts. 700, 2º-4º y 793.1 LECrim). Evidentemente que en los supuestos de incapacidad, con relación a la responsabilidad civil, se hace necesaria la intervención del representante legal para suplir la voluntad deficiente en indemnizar o aceptar la indemnización.

Del análisis de los requisitos de la conformidad, hemos señalado la exigencia de anuencia recíproca que la ley exige para su eficacia, aunque tengamos subrayado que debería preponderar la manifestación volitiva personal del acusado frente a la de su abogado. Ante la falta de ratificación del acusado a la conformidad prestada por el defensor, en el escrito de calificación provisional, deberá ser suspendido el juicio oral para la presentación de otro

escrito de defensa, con retorno al *status quo ante*, pues el presentado en conformidad, no producirá más efectos. Si el defensor fue nombrado, cabrá al órgano judicial nombrar otro y, si fue elegido por el acusado, este deberá ratificar su continuación en el proceso, o sustituirlo, so pena de que se transforme en acusador⁴⁷⁵.

Tampoco concordamos con la solución dada por el legislador acerca de la continuación del juicio oral cuando la defensa técnica así lo estime (art. 696 LECrim), a pesar de la conformidad del acusado. La defensa técnica debe obedecer a la voluntad del acusado, cumpliendo al abogado únicamente orientar al acusado respecto de todas las hipótesis posibles. Decantándose el acusado por la conformidad, su voluntad deberá primar frente a la de su defensor técnico. Para evitar eventuales responsabilidades, nada impide que el defensor manifieste que el acusado está aceptando la sanción en contra de su orientación, o que se retire del proceso. Asimismo, el acusado podrá indicar otro abogado, debiendo ser sustituido si hubiera sido nombrado de oficio. Aquí, no hay retorno al *status quo ante*, pues ya ha sido presentada la resistencia procesal por el defensor técnico.

No es demasiado subrayar el efecto preclusivo de la conformidad, relacionado con el momento temporal de la aceptación de la sanción. Ante cualquier aceptación de la sanción, fuera de los dos momentos procesales

⁴⁷⁵ Según GIMENO SENDRA, V., “La nueva regulación..., cit., pág. 980, la disconformidad del abogado o del acusado implica la continuación del juicio oral, debiendo, en caso de no ratificación de la conformidad del abogado por el acusado, obligar al Juez a reemplazar el abogado por otro del turno de oficio, ya que el originario queda moralmente descalificado para seguir asumiendo la defensa. Véase, asimismo, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 120, cuando señala que, ante la no confirmación por el acusado, el abogado debe ser reemplazado, pues queda moralmente descalificado para seguir la defensa del cliente.

previstos por el legislador⁴⁷⁶, la conformidad no generará efectos, según la ley y la jurisprudencia.

Hay que considerar también los efectos en lo que atañe a la sentencia dictada de conformidad en este procedimiento. Como hemos puesto de relieve, una vez estimada la conformidad, la sentencia de condena produce plenamente sus efectos, como si resultara de un juicio pleno. Sin embargo, la cuestión está en la vinculación del órgano judicial a los hechos, a la calificación, a la condena, y al límite de pena conformada.

A pesar de las críticas hechas a la vinculación fáctica -disposición del hecho por las partes, rechazo de la verdad material, vulneración de la independencia judicial y de la legalidad-, no es atribución judicial la descripción del hecho ni su aportación procesal, dentro del reparto de atribuciones estatales y jurídicas. Así, el juzgador no puede cambiar el hecho histórico que ha servido de soporte a la conformidad, ni introducir otros⁴⁷⁷.

¿Podrá cambiar la calificación jurídica del hecho y la pena, por incongruencia? En lo que respecta a la ausencia de tipicidad o la incidencia de alguna circunstancia de exención (arts. 5, 10, 14, 20 y 130 CP)⁴⁷⁸ o de

⁴⁷⁶ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F y a.

⁴⁷⁷ La STS de 21 de noviembre de 1988 (RA 9192) establece que si los nuevos hechos no han sido objeto de debate y de prueba en el acto del juicio oral, la acusación o la defensa quedarían indefensos frente a las novedades introducidas de manera unilateral y sin controversia, ante el Tribunal sentenciador.

⁴⁷⁸ Vid. DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 366 y 367, cuando añade las situaciones de ausencia de alguna condición objetiva de punibilidad (arts. 260 y 458.2 CP), o de procedibilidad (arts. 191.1, 215.1 y 456.2 CP), o ante las diferentes excusas absolutorias (arts. 16.2, 268.1, 454, 480.1 y 549 CP) y, en general, ante todos los supuestos de inviolabilidades e

atenuación de la pena (art. 21 CP)⁴⁷⁹, incluso de adecuación típica favorable, según el principio del *favor rei*, el órgano judicial podrá absolver, o condenar por una pena inferior a la aceptada o pactada. Además, hay que considerar la existencia de un interés público en la no condena de un inocente, que domina el proceso penal, y que el Tribunal está obligado a imponer la pena aceptada únicamente cuando proceda⁴⁸⁰.

Por otro lado, el principio acusatorio impide que el juzgador invada la función acusatoria, no pudiendo alterar la calificación jurídica en perjuicio del acusado. Así, lo cierto es que no podrá condenar por un crimen más grave. En este sentido debe ser interpretado el artículo 655.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando prohíbe que el Juez o Tribunal imponga una pena mayor que la solicitada. Por lo tanto, el órgano judicial ejerce un control sobre la conformidad.

inmunidades (arts. 56.3 y 71.1 CE). En estos casos, el Juez o el Tribunal no están vinculados a la conformidad de las partes.

⁴⁷⁹ Véase DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., pág. 368, cuando añade la aplicación de una figura delictiva en grado de ejecución o de participación más favorable al acusado, de la existencia de un tipo privilegiado no tenido en cuenta, de un concurso de leyes (art. 8 CP), de un delito continuado (art. 74 CP), o de un concurso ideal de delitos (art. 77 CP), no apreciados en la calificación.

⁴⁸⁰ Según ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., pág. 182, sería inhumano obligar al Juez a condenar a un inocente que se ha conformado, que puede estar en un error o mal aconsejado por su abogado. Según ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso...*, cit., pág. 48, el proceso también sirve para evitar el autosacrificio injusto de la parte, de protección del individuo contra sí mismo. *Vid.*, asimismo, las SSTs de 4 de diciembre de 1990 (RA 9404), de 30 de septiembre de 1991 (RA 6653), de 30 de octubre de 1992 (RA 8560), de 30 de septiembre de 1993 (RA 7098), de 7 de febrero de 1994 (RA 717), y de 6 de marzo de 2000 (RA 1116), que adoptaron el fundamento del *favor rei*.

Ante la falta de tipicidad, el Juez instructor podría haber determinado el archivo (art. 269 LECrim) o, en la fase intermedia haberse declarado por el órgano competente el sobreseimiento (arts. 637.2 y 789.5.5.1 de la LECrim); el fiscal podría haber dejado de deducir la pretensión acusatoria, y el defensor podría haber aconsejado a su cliente no aceptar la conformidad. Es difícil que se presente una situación de conformidad con hechos que no sean típicos. Lo mismo ocurre en las hipótesis de exención de pena (arts. 637.3 y 793.3, LECrim), y de su preceptiva atenuación (art. 637 LECrim). Quizás, estos supuestos sean más probables que sucedan en el reconocimiento de los hechos, pues ahí aún no hay una investigación completa de las circunstancias fácticas y no ha sido deducida una pretensión acusatoria.

¿Qué deberá hacer el Juez o Tribunal, cuando entienda procedente la aplicación de una pena más grave que la conformada? Hay dos opciones: condenar por la pena conformada, o determinar la prosecución del juicio oral, desestimando la conformidad. La solución dada por el legislador y adoptada por la doctrina es la continuación del juicio oral⁴⁸¹. Favorablemente a la primera opción -condena por la pena conformada-, podría argumentarse que el seguimiento del proceso representa una actuación imparcial del Juez o del Tribunal, pues estaría acusando indirectamente el autor del hecho, manifestando, aunque tácitamente, que la sanción procedente es más grave, en evidente perjuicio al reo. Favorablemente a la segunda alternativa -seguimiento

⁴⁸¹ Según VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 123 y 124, la conformidad supone renuncia a continuar o iniciar el juicio oral, a aceptar la descripción y la calificación de los hechos y a someterse al criterio del Tribunal en cuanto a las consecuencias sancionadoras, pudiendo aplicar una pena menos grave, absolver, pero no la pena más grave, pues es una institución establecida en *favor rei*. Las STS de 19 de julio de 1989 (RA 6265), la de 21 de julio de 1993 (RA 7137), y la de 30 de septiembre de 1993 (RA 7098), consideran que el fundamento de la condena a una pena superior significa indefensión, pues el acusado no puede preverla ni defenderse.

del proceso-, se podría argumentar que el órgano judicial no es un simple homologador de la manifestación volitiva de las partes, sino que debe haber un control efectivo del órgano judicial sobre la disposición de las partes en el proceso penal. Nos decantamos por la segunda hipótesis, pues el órgano judicial deberá ejercer un control efectivo sobre la conformidad; la manifestación volitiva de las partes no vincula al Juez o Tribunal; no rige el principio de oportunidad, es decir, una disponibilidad absoluta, sino el de legalidad que permite, en determinadas hipótesis, la disponibilidad de las partes, pero siempre sometida al control judicial. Además, aún la prueba no ha sido sometida a la contradicción. Con esto, el órgano judicial no estará acusando ni reconociendo una calificación más grave, motivo por el cual no hay vulneración del principio acusatorio. Tras el cauce procesal normal, persistiendo la calificación hecha provisionalmente, el juzgador no tendrá otra alternativa sino condenar, pero, ahora, la situación es definitiva.

La reciente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, expresamente, en su artículo 8, acoge el principio acusatorio. Asimismo, explica cuáles son sus efectos, o sea, que el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos, ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. A nuestro sentir, esta ley adopta los postulados de un derecho criminal moderno, lejos de los resquicios inquisitoriales, de la atribución de funciones diferentes a esos mismos órganos, aunque ejercidos por personas distintas. Además, la incoación preliminar está a cargo del sujeto titular de la pretensión de sometimiento del menor a una cierta medida.

Lo que está prohibido es considerar la manifestación de conformidad como prueba para condenar, pues, una vez ordenada la continuación del proceso, por desestimación de la conformidad, ésta no producirá ningún efecto, y el Tribunal no se vinculará. Además, la conformidad no ratificada no podrá

ser considerada como prueba directa o indirecta para la formación de un juicio condenatorio por parte del Tribunal, pues constituye una emisión volitiva de estrategia procesal defensiva. También, por el mismo motivo, admitida la separación de los juicios, la conformidad prestada por un acusado no podrá servir de prueba al coimputado. También, el acusado que se conforma no puede ser testigo en el mismo proceso en que hubiera sido procesado, pues la parte o quien hubiera sido parte no tiene noticia directa o indirecta del hecho, sino que lo practica⁴⁸².

El derecho al silencio del acusado no le obliga a contestar a las preguntas que le son hechas, incluso las que dicen respecto a la conformidad. En estos casos, proseguirá el juicio oral (art. 698 LECrim). Por esto, la primera pregunta que debería ser hecha al acusado no es si se confiesa reo del delito que se le imputa, sino simplemente si quiere declarar, informándole de su derecho a no declarar⁴⁸³.

En lo que atañe a la *vinculatio poenae*, hay que tener en cuenta que es función del órgano judicial la medición de la sanción y no de las partes. El matiz es que la conformidad se refiere a la pena más grave, entendida tanto en cantidad -años y meses-, como también en calidad -grave, menos grave y

⁴⁸² Según la STS de 27 de julio de 1998 (RA 6990), los cuatro acusados que se conformaron, fueron oídos bajo juramento contra los dos que no habían aceptado la pena, en verdadera confusión entre acusado y testigo. Conceptúa el testigo como la “persona física que sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia”. Por esto, el acusado no puede ser testigo.

⁴⁸³ TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho...*, cit., pág. 501.

leve-⁴⁸⁴. Que el juzgador puede imponer una pena menor que la conformada, en obediencia al principio de *favor rei*, no tenemos duda. Sin embargo, no podrá aplicar una pena más grave, tanto por vulneración del principio acusatorio, pues es atribución suya la individualización de la sanción criminal, o el enjuiciamiento de la pena adecuada, como por la vulneración del derecho de defensa, en la medida que se provoca una situación de indefensión. Además, el juzgador está ante una situación provisional, con una prueba producida fuera del juicio oral⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Según DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 372-375, el alcance de la expresión “pena mayor”, es el mismo de la “más gravemente” o de “mayor gravedad”, diferentemente de pena superior -grave, menos grave y leve-, que son especies del género mayor gravedad. También, advierte que no cabe el control judicial sobre la opción de pena y sobre la penalidad con arreglo a concurso de circunstancias, y a la mayor o menor gravedad de los hechos.

⁴⁸⁵ Según AGUILERA DE PAZ, E., *op. cit.*, págs. 77 y 80, sería inhumano obligar al juzgador a que condenase porque lo pida el acusador, aunque con error, y porque el procesado se conforme por propia ignorancia o por equivocado consejo de su defensa, pues el sistema acusatorio fija un límite al Tribunal sentenciador respecto de la agravación de la responsabilidad del presunto reo, y en lo demás tiene por única frontera su prudente criterio, sin que haya ley alguna que le obligue a condenar como criminal al que reputa inocente, pídale quien quiera, y haya o no conformidad por parte del inculpado. Para ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento...*, cit., págs. 193 y 216, la sentencia que recoja el allanamiento no contiene una declaración de voluntad del Tribunal, sino una recepción de voluntad declarada por una de las partes. Asimismo, ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 217, señala que “el Tribunal debe valorar la incongruencia de la calificación con la pena en ella solicitada solamente cuando el error suponga una pena mayor, no cuando ésta haya consistido en solicitar una pena inferior a la que correspondería. En el primer caso, debe ordenar que continúe el proceso: en el segundo debe dictar sentencia recogiendo la conformidad, salvo el caso de absolución mencionado”. *Vid.*, asimismo, las SSTs 28 de diciembre de 1945 (RA 1966), de 22 de abril de 1966 (RA 1881), de 20 de junio de 1966 (RA 3210), de 6 de diciembre de 1974 (RA 5109), de 23 de enero de 1983 (RA 1984), de 5 de diciembre de 1984 (RA 6239), de 1 de marzo de 1988 (RA 1511), de 7 de noviembre de 1990 (RA 8777), de 4 de diciembre de 1990 (RA 9004), de 17 de junio de 1991 (RA 4735), de 12 de septiembre de 1991 (RA 6176), de 18

En caso de alteración *pro reo* de la sanción conformada, el Juez o Tribunal podrá proceder a la absolución o a la alteración de la pena, sin que necesite oír a las partes, pues está en el ejercicio de una atribución suya y, con esto, no causará indefensión. Además, no existe un derecho a obtener condenas penales, motivo por lo cual el órgano judicial puede apartarse del acuerdo obtenido entre la acusación y la defensa, siempre *in bonam partem*⁴⁸⁶.

Por lo tanto, la sentencia condenatoria es de estimación total -aplica pena igual a la conformada-, o parcial -aplica pena menos grave de la conformada-, y de la pretensión acusatoria. La decisión, aún, podrá ser de absolución o desestimación de la conformidad. El órgano judicial no podrá alterar el hecho histórico, ni la calificación jurídica en perjuicio del acusado, bajo pena de vulneración del principio acusatorio y, para no provocar indefensión, no podrá aplicar una pena superior a la conformada.

En un juicio pleno, con todas las garantías, como la aplicación de la pena es una función judicial, el juzgador podrá aplicar la pena adecuada, para más o para menos del *petitum* acusatorio, pues la medición no se relaciona propiamente con el principio acusatorio, sino con el derecho de defensa. El Juez o el Tribunal están autorizados a individualizar la sanción dentro de los parámetros legales, pero sin causar indefensión. El Tribunal Supremo ha señalado que la cuantía de la pena es un elemento del escrito de calificación que no viene determinado por el *petitum* acusatorio, sino por la ley, pues el órgano judicial puede recorrer toda la escala de la pena, dentro de los límites

de septiembre de 1991 (RA 6436), de 23 de diciembre de 1991 (RA 9587), de 30 de octubre de 1992 (RA 8560), de 30 de septiembre de 1993 (RA 7098), y de 7 de febrero de 1994 (RA 717), cuando señalan que el juzgador no puede aplicar una pena más grave, pero está autorizado a absolver, y a rebajar la pena conformada, según el principio de *favor rei*. Incluso, la STS de 1 de marzo de 1988 (RA 1511), recoge las de 13 de octubre de 1886 y de 31 de enero de 1889.

⁴⁸⁶ Vid. las SSTs de 19 de julio de 1989 (RA 6265), de 2 de octubre de 1998 (RA 8040).

señalados por el legislador, y la pena se refiere al principio de legalidad, y no al acusatorio. Además, “las peticiones de la acusación sirven para delimitar el objeto del proceso, pero éste queda configurado con el hecho por el que se acusa y la persona a quien se acusa y, en cierto modo también por la calificación jurídica que se realiza, en cuanto que no cabe condenar por un delito diferente, salvo casos de homogeneidad”⁴⁸⁷.

Sin embargo, en cuanto a la pretensión civil, la conformidad vincula de forma absoluta al juzgador, pues prima el interés individual, privado, sobre el público. El allanamiento a la pretensión del actor prohíbe al Juez o al Tribunal que altere la conformidad civil, tanto con relación al derecho de indemnizar, como a lo que respecta a la cuantía debida, produciéndose una vinculación absoluta⁴⁸⁸.

Respecto de la impugnabilidad, conviene señalar que el legislador ha silenciado su admisibilidad o no. Por esto, pensamos que hay que separar dos situaciones bien distintas: condena ajustada a la conformidad, y la modificación del contenido de la conformidad.

Cuando el juzgador no hace ninguna alteración en los hechos, en la calificación jurídica o en la sanción conformada, está ausente uno de los presupuestos de los recursos, que es el gravamen o el perjuicio para el recurrente⁴⁸⁹. Además, como ha señalado el Tribunal Supremo, se aplica el

⁴⁸⁷ STS de 3 de enero de 2000 (RA 186). *Vid.*, asimismo, en esta línea, las SSTS de 6 de diciembre de 1982 (RA 5602), de 11 de noviembre de 1999 (RA 8707), de 1 de diciembre de 1999 (RA 8564 y 8567), y de 31 de enero de 2000 (RA 727).

⁴⁸⁸ *Vid.* la STS de 1 de diciembre de 1992 (RA 9892), cuando señala que el órgano judicial no puede rebajar el *quantum* de la indemnización.

⁴⁸⁹ Según HINOJOSA SEGOVIA, R., “Consideraciones...”, cit., págs. 313, 314, 328 y 329, los recursos se fundamentan en la falibilidad humana; en la necesidad de satisfacer el sentimiento

principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, debido a su naturaleza dispositiva, impugnando lo que había aceptado, no habiendo razón para apelación o casación. Señala que el principio *pacta sunt servanda*, informador de la seguridad jurídica y el de *bona fe*, sirve como fundamento para evitar que el acusado acepte una sanción favorable y, a la postre, la impugne, obteniendo beneficios, lo que rozaría “el área de la mala fe procesal”⁴⁹⁰.

Por lo tanto, en estos supuestos, la conformidad vincula a las partes, y la impugnación carece de uno de los requisitos de admisibilidad, que es el gravamen. Sin embargo, esta vinculación no es absoluta, pues el órgano jurisdiccional, como garante de los principios fundamentales, puede examinarlos en vía impugnativa (art. 5.4 LOPJ -casación-)⁴⁹¹, o por ausencia de

de agravio que puede tener el perjudicado por una resolución judicial; el mantener la confianza de los ciudadanos en la Administración de la Justicia; o el hacer posible, aunque con limitaciones, la corrección de errores, omisiones y defectos de ataque y de defensa que se pueden hacer valer. Como presupuestos de los recursos señala los siguientes: que la resolución sea recurrible; que la resolución haya causado un gravamen o perjuicio al recurrente, esto es, que le sea total o parcialmente desfavorable; y que la resolución no sea firme.

⁴⁹⁰ La STS de 1 de marzo de 1988 (RA 1511) señaló claramente la doctrina respecto de la impugnabilidad o no de las sentencias de conformidad. La sentencia de conformidad es una manifestación del principio dispositivo que implica renuncia tácita a los recursos, y resulta vinculante para las partes cuando se ajusta a la índole de la infracción, o la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada. Incluso, la STS de 30 de septiembre de 1991 (RA 6653) consideró válida una conformidad del acusado con la pena solicitada por la acusación, en que la defensa dejó a la responsabilidad del órgano juzgador una posible rebaja de la pena en razón de las circunstancias personales de la acusada, y de la composición química de la sustancia tóxica. *Vid.*, asimismo, las SSTs de 23 de noviembre de 1984 (RA 5947), de 19 de julio de 1989 (RA 6265), y de 25 de mayo de 1999 (RA 4674). *Vid.* DIEGO DÍEZ, L. A., *Los recursos...*, cit., págs. 12-18, un análisis exhaustivo de los argumentos del Tribunal Supremo para no admitir el recurso contra las sentencias enteramente ajustadas a la conformidad.

⁴⁹¹ La STS de 16 de noviembre de 1993 (RA 8594) admitió, de forma excepcional, un recurso con fundamento en la vulneración del principio de legalidad (arts. 9.3 y 25 CE), aplicando el

una cuestión formal (arts. 795.2 LECrim -apelación-, y 851.5 LECrim -casación-)⁴⁹².

Por otro lado, la sentencia que absuelve al acusado, la que aplica una pena menos grave o más elevada, o que altera los hechos o la calificación jurídica, puede ser objeto de impugnación, por las vías previstas en el ordenamiento jurídico. En estos casos, el contenido material de la sentencia se aparta de la emisión volitiva de las partes, siendo posible la presencia del perjuicio a las partes, avenido del error judicial (arts. y 795.2 LECrim apelación-, y arts. 849. 1, 850 y 851 LECrim, y art. 5.4 LOPJ -casación-)⁴⁹³.

Además de la infracción a los requisitos materiales de la sentencia, también es impugnable por las vías previstas en el ordenamiento jurídico, por quebrantamiento de forma (arts. 850 y 851 LECrim), la que no haya obedecido a los requisitos formales -anuencia recíproca entre acusado y su abogado, por ejemplo-, para la validez de la conformidad.

A pesar de la conformidad de las partes, el postulado de la justicia debe ser mantenido también en los supuestos de no incidencia del error *in*

artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues al relato fáctico correspondía una pena inferior a la conformada.

⁴⁹² La STS de 7 de febrero de 1994 (RA 717) consideró sin efectos una conformidad prestada fuera de los momentos procesales, o sea, una vez celebrado el juicio oral en el procedimiento ordinario.

⁴⁹³ *Vid.* las SSTs de 6 de octubre de 1982 (RA 5602), de 5 de diciembre de 1984 (RA 6239), de 18 de septiembre de 1991 (RA 6436), de 19 de julio de 1996 (RA 6070). Lo único con lo que no concordamos es con la posibilidad de causar indefensión a la acusación, pues indefensión se causa a quien se defiende y no a quien está acusando, principalmente a un órgano oficial de acusación. Además, las SSTC 31/96, de 27 de febrero; 157/96, de 15 de octubre; 177/96, de 11 de noviembre; 199/96, de 3 de diciembre, y 41/97, de 10 de marzo señalan que no hay un derecho constitucional a obtener condenas penales.

iudicando o *in procedendo*, verificada la firmeza de la sentencia. Por esto, admitimos la acción de revisión criminal para deconstituir la sentencia de condena devenida de la conformidad, siempre que ocurra alguna de las hipótesis del artículo 954 de la LECrim⁴⁹⁴.

Seguramente sería posible la revisión criminal cuando dos acusados por un delito que sólo haya podido ser cometido por uno de ellos, aceptan la conformidad (art. 954.1 LECrim); cuando, tras la conformidad se descubre el verdadero autor de un delito (art. 954.2 LECrim); o, tras la conformidad, se obtiene la declaración de la falsedad de un documento o la declaración de un testigo que influyó en la conformidad del acusado, o bien se prueba la exacción o la violencia que causó la conformidad (art. 954.3 LECrim), o bien nuevos hechos o nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que evidencia la inocencia del condenado (art. 954.4 LECrim).

En relación a los efectos de la sentencia dictada en conformidad, hay que matizar los que atañen a la cosa juzgada. En principio, la sentencia dictada tras la conformidad o tras un juicio común produce los mismos efectos con relación a la acepción formal -firmeza del fallo y utilización de los medios de impugnación-, o material -*non bis in idem*, prohibición de la doble incriminación, o efecto negativo-. Respecto a la impugnación ya nos hemos manifestado. Cuestión que también merece análisis y matización es la extensión

⁴⁹⁴ Según MARTÍN OSTOS, J., "La conformidad...", cit., pág. 1498, la utilización de la revisión criminal de una sentencia de conformidad se justifica por su naturaleza a favor del reo. *Vid.*, asimismo, MORENO VERDEJO, J., *Los recursos...*, cit., págs. 422 y 423, sobre la posibilidad de la revisión criminal. La STS de 4 de diciembre de 1979 (RA 4539), admitió la revisión criminal de una sentencia que había condenado al emitente de un cheque sin fondos que se había conformado con la pena -estaba en prisión preventiva y sin comprobar que lo había expedido por negligencia-. Demostró en el proceso, por documentos, que el cheque tenía fondos y que el impago se debió a un error contable del banco.

de los efectos de la conformidad con la pena en el ámbito de la jurisdicción civil cuando esta pretensión no hubiera sido deducida junto con la penal -hipótesis de reserva de la acción en la vía civil (art. 112 LECrim)-. Considerando que en el proceso penal, a pesar de la conformidad, no se ha producido prueba en el juicio oral, con todas las garantías del contradictorio, la sentencia de conformidad no podrá producir efectos en la esfera civil, donde el actor tendrá el cargo de probar la obligación de indemnizar y su cuantía.

Una cuestión que merece estudio y posicionamiento lo es la vulneración de eventuales derechos procesales de significado constitucional, con la conformidad, principalmente el derecho a no declarar contra si mismo, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia⁴⁹⁵. Es innegable que hay un reconocimiento de culpabilidad, pues el acusado acepta una sanción penal, y no hay que hablar de cumplimiento de una pena criminal sin culpabilidad. Ésta es un presupuesto de la aplicación de una pena criminal.

⁴⁹⁵ Según la STS de 8 de marzo de 1995 (RA 1912), la aceptación no corresponde siempre a la verdad histórica, pero supone una “declaración de voluntad que en primer y decisivo término obtura «ea ipsa» la posibilidad que la acusación produzca prueba de signo incriminatorio o de cargo y por ello produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquella, que es en definitiva el sustrato esencial sobre el que descansa, como reaccional que es, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y, en consecuencia, no cabe alegar en casación tal vulneración cuando el mismo acusado fue quien impidió tal producción de prueba”. Para la STS de 26 de marzo de 1998 (RA 3108), el principio de la presunción de inocencia no queda vulnerado “pues la conformidad del acusado implica que el hecho es aceptado como existente y supone una declaración de voluntad, que impide la posibilidad de que la acusación pueda practicar la prueba de cargo, y ello precluye que el acusado pueda alegar en otra fase jurisdiccional la ausencia de aquella, que obviamente no ha podido producirse, por imperativo legal, dada la conformidad, y por ende, admisión de los hechos, que es en definitiva la base sobre la que descansa el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. La STS de 29 de mayo de 1998 (RA 5005) se decanta en la misma línea.

Es cierto que el acusado tiene el derecho de no hacer ninguna declaración que le perjudique; y que no tiene el deber jurídico de declarar la verdad, de admitir los hechos o la acusación. Sin embargo, el reverso de la situación también es verdadero, pues no se puede prohibir al acusado de tomar estas actitudes. El acusado puede admitir los hechos, la calificación jurídica, decir la verdad y conformarse. ¿Al conformarse, estaría renunciando a la defensa?

Prima facie, hay que establecer si la defensa es renunciable o irrenunciable. La defensa técnica o formal es irrenunciable, pues nadie puede ser procesado sin contradictorio o sin resistencia a la pretensión acusatoria. Así, el acusado tiene derecho a un abogado defensor. ¿Y en lo que respecta a la defensa personal o sustancial? Nos decantamos por la obligatoriedad al acusado, pero él la ejerce o no, pues no está obligado a declarar contra sí mismo. Dentro del derecho de no declarar contra uno mismo está el derecho de no confesarse culpable, de no declarar, o el derecho al silencio. Hay que respetar la estrategia defensiva que se infiere de su disponibilidad subjetiva. Este derecho al silencio excluye el deber de decir la verdad y de revelar los medios de prueba que utilizaría.

Pensamos que no hay una renuncia al derecho de defensa, sino una renuncia a ciertos medios de defensa o a ciertas etapas procedimentales. En el momento en que el acusado o su defensor se conforman con la sanción, con anuencia recíproca, se produjo el ejercicio de la defensa, personal y técnica. No ocurrió renuncia del derecho de defensa, sino una defensa en el sentido positivo, de aceptación de la sanción, y negativo, o sea, de la no utilización de los demás medios defensivos propiciados por la ley.

Como ha afirmado FAIRÉN GUILLÉN, “parece paradójico que un acusado renuncie a su defensa por medio de letrado -heterodefensa-

en beneficio de su propia autodefensa. Sólo a lo largo de un juicio en el que triunfe tal elección se ve a dónde iba el referido acusado: a devenir Juez del Estado y de los Jueces que lo juzgan. Por su cuenta, transforma su proceso en un proceso político”⁴⁹⁶.

Todo acusado tiene el derecho de ser presumido inocente hasta que la acusación pruebe su culpabilidad. Todavía, cuando el ordenamiento jurídico le da la opción de utilizar todos los mecanismos defensivos, manteniendo este estado de inocencia hasta que un Tribunal dictamine lo contrario, y de quebrantar este estado, en el ejercicio de su derecho de defensa -conformidad-, chocan dos principios. La opción por uno de ellos no invalida el otro, sino que se resuelve a través de una estructura de ponderación valorativa, o sea, de la adecuación y de la necesidad por medio de una prioridad elegida por la defensa. La declaración de culpabilidad es adecuada cuando atiende los requisitos legales, y necesaria cuando la defensa lo estime, ante la situación fáctica surgida hasta aquel momento.

Además, a esta estructura de ponderación valorativa, limitada a una situación concreta, hay que añadir criterios más fuertes, como la teoría de la argumentación jurídica, o sea, de lo que está ordenado, prohibido y permitido, mediante un control racional⁴⁹⁷. Es posible un juicio racional admitiendo la renuncia a todos los medios de defensa, a pesar de la existencia de un estado de inocencia, aunque la ley no prohíbe su quebrantamiento voluntario. Por lo

⁴⁹⁶ “Imagen preliminar y fragmentaria de la reforma procesal penal a fines de 1991”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1992, núm. 1, pág. 8. *Vid.*, asimismo, CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal...”, cit., pág. 234, cuando pone de relieve que entiende que no se menoscaba el derecho de defensa del procesado, pues voluntariamente ha renunciado a su ejercicio, “ni tampoco el principio de búsqueda de la verdad material que caracteriza el proceso penal”.

⁴⁹⁷ Seguimos la teoría de ALEXI, R., “Sistema jurídico...”, cit., pág. 149.

tanto, la conformidad del acusado no atenta contra el principio de la presunción de inocencia.

G) Conformidad en el proceso abreviado

Tal como estaba reglamentada la conformidad antes de la Ley Orgánica 7/88, no se presentaban tantas discusiones como ahora, en lo que atañe a su aplicación. El reglamento de nuevas modalidades de juicios de oportunidad, introducidas por la nueva ley, generan un océano de problemas interpretativos y de posicionamientos, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Esto se observa principalmente respecto de la naturaleza jurídica, de los límites de la conformidad en el abreviado, y de la vinculación del Tribunal a la manifestación volitiva de las partes. Incluso no hay referencia a los acusadores no oficiales, ni a la responsabilidad civil.

Esta diversidad de opiniones y de posicionamientos jurídicos se debe a la deficiente regulación de la nueva ley. El jurista, como ha señalado DE LA OLIVA SANTOS, refiriéndose específicamente a la Ley Orgánica 7/1988, “no puede convertir en inteligible, completo y razonable lo que es ininteligible, deficiente y poco o nada racional”, y la oscuridad de la nueva ley, debido a su defectuosidad, iba más allá de una “oscuridad aceptable”⁴⁹⁸ y previsible del legislador.

La impresión que tuvimos al analizar las diversas acepciones doctrinales, fue de que cada publicación respecto de la Ley Orgánica 7/1988 procuraba una concepción diversa de las

⁴⁹⁸ En “Disponibilidad del objeto...”, cit., págs. 9873 y 9874.

anteriores, aunque con alguna derivación, en la búsqueda insaciable de lo razonable. Como se ha dicho, lo peor es que, a pesar de las diversas y antagónicas concepciones sobre el tema, todas ellas pueden ser defendidas lógicamente.

Además, sin decir propiamente cuál es su esencia, se ha afirmado, equivocadamente, que se ha introducido el principio de oportunidad o el sistema de la *plea bargaining*, y que la ampliación de los mecanismos de consenso resolvería la crisis de la Administración de la Justicia. Lo que se observó fue un incremento de los problemas jurídicos, generados por la defectuosa reglamentación.

La nueva dimensión que fue dada a la conformidad conlleva la concepción del legislador de una fase de instrucción conducida por el Ministerio Fiscal, ante las posibilidades de negociación con la defensa que se le otorgó, y de una derivación hacia el monopolio de la acusación penal para el órgano oficial, lo que pensamos es más adecuado a un derecho procesal penal de partes, de división de funciones entre los diferentes órganos jurídicos, y de un proceso penal garantizador de los derechos y de las libertades fundamentales, siempre que haya independencia institucional y funcional.

a) Momentos procesales

Además del reconocimiento de los hechos, en el proceso abreviado también es admisible la conformidad con la pena. Ésta puede ocurrir tanto en la fase intermedia, ante el Juez instructor, como en la fase definitiva, ante el órgano jurisdiccional encargado del juicio oral, diversamente de lo que ocurre

en el procedimiento ordinario, cuando es prestada únicamente ante el Juez de mérito⁴⁹⁹.

La primera manifestación autorizada legalmente de disponibilidad se caracteriza como una especie clara de consenso entre las dos partes. Esto ocurre cuando la acusación y la defensa pueden presentar un escrito conjunto de conformidad con la pena ante el Juez instructor, en la fase intermedia, que es el momento procesal adecuado a la deducción de la pretensión acusatoria (art. 791.3 LECrim). En este caso, la fase persecutoria ya está terminada. Esto presupone una negociación entre la acusación y la defensa para que lleguen a un acuerdo respecto de la sanción criminal. Es una singular manifestación de *consenso* entre las partes en el proceso penal⁵⁰⁰. Evidentemente, no hay presentación del escrito de defensa. Este escrito, aunque resulte del consenso, conlleva también una pretensión acusatoria, pues sin ella el órgano jurisdiccional no puede imponer pena.

Una vez presentado su escrito, la defensa tiene una segunda oportunidad para aceptar la sanción. Esto también ocurre en la fase intermedia del procedimiento. Como el acusado también debe firmar el escrito, se presupone la existencia de un consenso previo entre el acusado y su abogado (arts. 655 y 791.3, 1º, LECrim), pero no con la acusación. Aquí no se puede hablar de consenso, sino de manifestación unilateral de la defensa.

⁴⁹⁹ Véase la STS de 30 de octubre de 1992 (RA 8560), sobre las fases en que puede ocurrir la conformidad en el abreviado.

⁵⁰⁰ Según BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., pág. 274, y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 266, esta posibilidad de conformidad revela la intencionalidad de introducir en el ordenamiento jurídico, aunque de forma tímida, la institución anglosajona de la *plea bargaining*, que la Fiscalía General de Estado en la Circular núm. 1/1989 quiere articular como principio de consenso, debido a los elementos de negociación, previos a la presentación del escrito de acusación.

La tercera ocasión en que la conformidad puede ocurrir en el proceso abreviado es en el juicio oral, antes de empezar la producción de la prueba, o al principio del acto de la vista -fase definitiva-, según el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aquí, pueden acaecer dos situaciones distintas, derivadas del *consenso* de las partes. La acusación y la defensa pueden pedir al Tribunal que dicte sentencia de conformidad con el *petitum* más grave, o con el que presentan en el momento.

Para que haya presentación de un nuevo escrito en el acto del juicio oral, deberá de haber ocurrido un consenso entre las partes, o la negociación de este escrito *sui generis* o *ad hoc*⁵⁰¹. Al contrario, carecería de sentido la presentación de otro escrito provisional. En este nuevo escrito de acusación, tanto el hecho, como la calificación jurídica no podrán sufrir alteraciones perjudiciales para el acusado, pues los límites acusatorios fueron establecidos en el primer escrito de acusación. No importa quién lo presenta, si la acusación o la defensa, pues lo importante es que sea un escrito bilateral, es decir, resultante del consenso.

Esta negociación, aunque el órgano jurisdiccional tenga un cierto control, debería realizarse durante el juicio, con la presencia de todos los sujetos: órgano jurisdiccional, acusadores, defensor y acusado. Al contrario, se abre un cauce peligroso a la satisfacción de intereses personales, menos claros y seguros, propiciándose la coacción psicológica, implantándose en el proceso penal el mercadeo. También hay que evitar la posibilidad de la acusación de modificar la pretensión para que pueda ser moldeada de acuerdo con el imputado, o como ha señalado CABAÑAS GARCÍA, de “moldear la acusación como un

⁵⁰¹ Denominación de DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto..., cit., pág. 9884. *Vid.*, asimismo, ORTELLS RAMOS, M., “El nuevo...”, cit., pág. 560, y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., 1997, pág. 159, cuando señalan que ese escrito es el resultado de una negociación entre la defensa y el Ministerio Fiscal, que rebaja la penalidad de la calificación provisional de la acusación.

trozo de arcilla, hasta crear una figura que sea del grado del imputado”⁵⁰².

Esta última modalidad de conformidad presenta algunas particularidades. Tanto el acusado, como su defensor pueden tomar la iniciativa. Incluso, el órgano jurisdiccional deberá preguntar si el acusado se conforma con el *petitum* más grave.

En el mismo sentido en que señalamos para el proceso ordinario⁵⁰³, entendemos que durante la tramitación del juicio oral, hasta que no se haya producido la prueba, es posible que la defensa se conforme con la pena más grave pedida, pues con la misma se pasa directamente a la sentencia, uno de los objetivos de la conformidad, abreviándose el procedimiento⁵⁰⁴. Incluso, a diferencia del proceso ordinario, aquí también sería admisible el consenso entre las partes.

En la práctica, según el Fiscal MORENO VERDEJO, la conformidad manifestada en el acto del juicio oral es la que se está produciendo casi exclusivamente en el procedimiento abreviado. Todavía, no aceptamos cuando aconseja que la negociación sea efectuada “a espaldas del juzgador”⁵⁰⁵, pues esto retira la transparencia y la publicidad del consenso.

Nos decantamos por admitir la posibilidad de que la conformidad en el procedimiento abreviado también pueda ocurrir en el inicio de las sesiones del

⁵⁰² “El proceso penal español....”, pág. 271.

⁵⁰³ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F y a.

⁵⁰⁴ La STS de 4 de noviembre de 1996 (RA 8044) considera que la conformidad, tras la práctica de la prueba y tras el trámite de las calificaciones definitivas, resulta inidónea.

⁵⁰⁵ En “La conformidad...”, cit., págs. 52 y 53.

juicio oral, por iniciativa del Tribunal⁵⁰⁶, siempre que las partes se hayan manifestado al respecto. Esto es posible por una interpretación analógica con el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, habría cuatro situaciones distintas de manifestación de la conformidad.

b) Requisitos

El legislador no ha atribuido al Juez instructor funciones de control de los requisitos de la conformidad, aunque ésta pueda ocurrir en la fase procedimental que dirige -escrito presentado conjuntamente, o en el escrito de defensa-. Es el órgano judicial competente para el juicio oral el encargado de analizar los presupuestos de validez de la conformidad, tanto en la modalidad de consenso de las partes, o de oportunidad de la defensa, dictando sentencia.

Lo mismo que afirmamos con relación a los requisitos de la conformidad en el procedimiento ordinario⁵⁰⁷, se aplica al abreviado, pues el órgano judicial ejerce un control efectivo -o por lo menos así debería ser-, sobre la manifestación volitiva del acusado y sobre los presupuestos de la conformidad. Este control se justifica aún más en el procedimiento abreviado, pues existe la posibilidad de negociaciones entre las partes, fuera del proceso. La función de garante de los derechos fundamentales del acusado, atribuido al órgano judicial, induce que actúe conforme el principio acusatorio, esto es, sin alterar el hecho histórico o la calificación jurídica del hecho, no aplicando pena más elevada que la aceptada o negociada, para evitar la indefensión. El órgano

⁵⁰⁶ En este sentido véase la STS de 12 de septiembre de 1991 (RA 6176).

⁵⁰⁷ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, b.

judicial no puede limitarse al control meramente formal de la conformidad, principalmente de las modalidades negociadas sin su presencia. El Juez o Tribunal cumplen, respecto al acusado, una importante tarea de esclarecimiento sobre las consecuencias de su acto, y de las posibilidades que tiene en el proceso.

Lo más aconsejable es que la ratificación ocurra en un juicio público, con la presencia de todos los sujetos procesales y del órgano jurisdiccional. Así se posibilitaría un mayor control de la voluntariedad de la manifestación volitiva del acusado, propiciando más transparencia y seguridad. No se puede descartar la necesidad de llevar a cabo la ratificación ante la exhortación del órgano judicial ante el que se halle el acusado. Pero únicamente en estos casos sería dispensable la comparecencia ante el Tribunal sentenciador. De *lege ferenda*, también sería aconsejable que el Juez instructor ejerciera un control sobre la conformidad, sin excluir el del Tribunal competente para el juicio oral.

El Ministerio Público, como defensor de la legalidad, puede manifestarse en contra de la conformidad admitida por el acusado, tanto en el escrito de la defensa, como en el acto del juicio oral. Ahora, en la modalidad de consenso, tras haber presentado un escrito consensual, no tiene legitimidad para oponerse, excepto ante una nueva circunstancia fáctica modificativa del consenso. No hay duda de que su participación relevante ocurre en la fase de presentación de los escritos conjuntos, resultantes de las negociaciones llevadas a cabo con la defensa.

En las modalidades consensuales de conformidad, el Ministerio Público es el gran protagonista, pues, a diferencia de las demás especies de conformidad, es el órgano que tiene la iniciativa de llevar a la defensa a aceptar la pena, o el receptor de la emisión volitiva de la defensa. Es él quien tiene el

poder jurídico de obtener la aceptación de la pena. En el consenso, puede ocurrir una renuncia de la extensión de la pretensión por la acusación, con la finalidad de obtener el acuerdo.

Lo que criticamos no es el acuerdo criminal como tal, volcado a la obtención de los fines del proceso mediante el consenso, sino la forma como se realiza. En el consenso español, introducido en 1988, aunque haya una limitación legal, sus requisitos objetivos y subjetivos no están bien delimitados. Un acuerdo efectuado entre las partes, sin la presencia del órgano jurisdiccional, del tercero imparcial, no es transparente, igualitario, ni protector de los derechos fundamentales, principalmente del *status libertatis*. La posibilidad del acusador de dirigir el consenso, los destinos de la libertad de una persona, fuera del proceso, influyendo decisivamente sobre el sagrado derecho a la libertad no es la mejor forma de realizar la justicia penal.

Por esto, de *lege ferenda*, somos partidarios que el consenso sea obtenido en presencia del órgano jurisdiccional, con presupuestos claros, objetivos, y dirigido a las infracciones de menor entidad. Este control por un tercero imparcial en el momento de la realización del acuerdo evita la coacción psicológica, posibles amenazas -deducción de una pretensión más gravosa, por ejemplo-. Cuando el propio órgano judicial es quien, por utilitarismo, induce al consenso o al término anticipado del proceso, estamos ante una patología generadora del descrédito en la justicia.

La imitación del modelo anglosajón lleva al regateo, al chalaneo, en perjuicio de los más débiles, de los más propensos a aceptar la argumentación acusatoria, además de la falta de transparencia y de las mínimas garantías procesales. La aceptación de condenas sin que el acusado sepa de las posibilidades procesales con que cuenta, y sin saber de la dimensión de su actuación, son consecuencias del

mimetismo de modelos totalmente incompatibles con el sistema continental y acogidos ciegamente con todos los defectos presentados en el origen.

No se trata de discutir quién está perdiendo o ganando poder dentro del proceso, o cuál es el órgano que está siendo más valorado, sino de la protección de los derechos fundamentales de los acusados, del *status libertatis*, del principio de la presunción de inocencia y del derecho a ser juzgado por un tercero imparcial, conquistas históricas de la Justicia Criminal, que no pueden ser vulneradas con leyes imprecisas, dubias, generalistas y engañosas.

La posibilidad del acuerdo criminal sin la presencia del tercero imparcial añade al Ministerio Fiscal la función de juzgar, transformándolo, al mismo tiempo, en acusador y Juez. El hecho de que exista la posibilidad para el acusado de retractarse ante el Juez o Tribunal, es una situación utópica, pues el acusado que ha aceptado un acuerdo so presión, amenazado, también lo será para ratificarla y decir amén al órgano judicial. La comparecencia del acusado, ante una estructura formalizada, ritualística y ajena a sus costumbres y situación social, propicia el mantenimiento de los malos acuerdos. Lo peor es cuando el propio Juez o Tribunal, por puro utilitarismo, aunque indirectamente, induce al acusado a la aceptación del acuerdo, con el beneplácito del abogado y del Fiscal.

El fiscal juega un importante papel que puede condicionar indirectamente la conducta del acusado, “tentándole” a conformarse con una baja petición de condena. Incluso su papel se incrementa en el juicio oral donde se le permite presentar un nuevo escrito de acusación suavizando su pretensión, tras la negociación con la defensa⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ MONTÓN REDONDO, A., *op. cit.*, pág. 496.

La participación efectiva del acusado es fundamental. Sin su manifestación volitiva no habrá conformidad válida. El elemento personal forma parte de la esencia de la conformidad. A pesar de esta manifestación volitiva personal, integrante de la defensa propia, la anuencia de la defensa técnica, según el legislador, también es fundamental para que haya la conformidad. Se exige, en las dos modalidades de conformidad -unilateral y consenso-, la anuencia recíproca entre el acusado y su abogado defensor. Además, la anuencia o ratificación del acusado deberá ser expresa, para que el Tribunal pueda verificar la voluntariedad y el entendimiento de la manifestación del acusado. Por esto, merece críticas la decisión del Tribunal Supremo que dio por válida la conformidad, ante una anuencia tácita del acusado⁵⁰⁹.

Aquí, como hicimos cuando analizamos los requisitos en el procedimiento ordinario⁵¹⁰, defendemos, por los mismos motivos, la primacía de la voluntad personal sobre la técnica, y las mismas características de la emisión volitiva.

Dependiendo del momento procesal en que se permite la conformidad, precisamente en las hipótesis antes referidas de consenso, la terminación del proceso es posible únicamente con el acuerdo de las dos partes -consenso-.

Aún, dentro de los requisitos subjetivos, hay que señalar que el legislador ha omitido un pronunciamiento respecto de la necesidad de anuencia

⁵⁰⁹ Vid. STS de 27 de diciembre de 1999 (RA 927), según la cual, en el acto del juicio oral, el Ministerio Público presentó otro escrito de calificación, el cual fue aceptado por el abogado, guardando silencio al respecto el acusado. El Tribunal Supremo dio por válida la conformidad porque la anuencia del acusado fue tácita. La decisión señala que el acusado debería de haber manifestado su disconformidad en el acto.

⁵¹⁰ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, b.

del acusador particular y/o popular. Considerando que, tradicionalmente, la conformidad se relaciona con la más grave de las acusaciones, y que se aplican las reglas del procedimiento ordinario al abreviado, la conformidad, en la modalidad reglada de la disponibilidad de la defensa, es con la pena más grave, exigiéndose la anuencia de todas las partes en la modalidad de consenso.

La doctrina se encuentra dividida sobre la cuantía de la pena que señala el límite de la conformidad en este procedimiento. Podemos señalar la existencia de tres grandes líneas: una corriente entiende que el tope de la pena es el de seis años, en una interpretación analógica con el procedimiento común ordinario, cuyas normas no tendrían que haber sido derogadas, por lo que procedería su aplicación complementaria⁵¹¹; otra considera que no hay límites, independientemente de la pena solicitada -hasta los 9 años-, pues la ley no lo ha establecido en el abreviado⁵¹², y una tercera corriente, que entiende, tomando en

⁵¹¹ En este sentido, ALMAGRO NOSETE, J., *El nuevo...*, cit., págs. 158 y 206; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 242 y 243; BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., págs. 276, 299 y 300; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *La reforma del proceso penal* (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PÉREZ MARIÑO, V., y VARELA CASTRO, L.), Tecnos, Madrid, 1990, págs. 191 y 192; ESCUSOL BARRA, E., *op. cit.*, pág. 135; GIMENO SENDRA, V., “La nueva regulación...”, cit., pág. 981; MARTÍN OSTOS, J., “La conformidad...”, cit., pág. 1498; MORENO VERDEJO, J., “La conformidad...”, cit., pág. 41; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., págs. 148 y 150. Asimismo, la STS de 4 de diciembre de 1990 (RA 9404), dispone que las normas del procedimiento abreviado son “conscientemente incompletas”, y que han de ser integradas acudiendo al procedimiento primitivo y tradicional, o sea, al ordinario, como dispone el artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluso en lo que atañe a la conformidad.

⁵¹² Según CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal español...”, cit., págs. 239 y 241, las nuevas normas deben ser complementadas en todo aquello que no se oponga a su espíritu y finalidad, según los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y las disposiciones de los artículos 655 y ss. no se imponen, sino que se subsumen en el nuevo procedimiento, acoplándose a su propia dinámica, y en la medida que sirvan a idénticos fines, pero la normativa previa no es automáticamente aplicable. *Vid.*, asimismo, ASECIO MELLADO,

cuenta la modificación del Código Penal de 1995, que el límite de la conformidad es de tres años, pues equivaldrían a las anteriores penas correccionales (art. 33.3 CP, y núm. 11^a.1, de la disposición transitoria del CP)⁵¹³.

Como ha señalado MORENO VERDEJO, “carece de sentido admitir como posible una conformidad con penas de prisión de 12 años en el procedimiento abreviado y negar tal posibilidad en un procedimiento de mayores garantías como es el ordinario. Ello sólo podría entenderse si se negara la conformidad para aquellos delitos cuya pena tipo por ser, al menos, reclusión menor estuvieren reservados al sumario ordinario y ello aún cuando se solicitara en concreto una pena muy inferior. Tendría razón de ser que no cupiera conformidad en delitos como violación, asesinato, parricidio, etc., con independencia de la pena concreta que se solicitara. Pero en nuestro ordenamiento no es la naturaleza más o menos grave del delito en abstracto

J.M., *op. cit.*, pág. 52; DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 266 y 274; FAIRÉN GUILLÉN, V., “Las «negociaciones» y «conformidades»...”, cit., pág. 21; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *La reforma...*, cit., pág. 41; FORCADA JORDI, M., “Acerca de la conformidad...”, cit., pág. 1025; MALLO MALLO, L.A., “Algunas consideraciones...”, cit., pág. 400; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Oportunidad y conformidad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, V, págs. 42 y 43; MARTÍN OSTOS, J., “La posición del imputado...”, cit., pág. 838; MUERZA ESPARZA, J., *Derecho...*, cit., pág. 677; ORTELLS RAMOS, M., “El nuevo procedimiento...” cit., págs. 546 y 558; PALOMO DEL ARCO, A., “Dosimetría...”, cit., pág. 371; SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1995, pág. 174; VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión...”, cit., pág. 213; ZARZALEJOS NIETO, J., “Nuevos tribunales...”, cit., pág. 189; y la Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/1989, de 8 de marzo también sigue esta línea por la especialidad del procedimiento.

⁵¹³ Véase CONDE-PUMPIDO TOURÓN, J., *Los procesos penales* (con GIMENO SENDRA, V., y LLOBREGAT GARBERÍ, J.), Bosch, Barcelona, 2000, tomo 6, pág. 341; y GIMENO SENDRA, V., *Los procesos...*, cit., tomo 6, pág. 251.

-que se mide por la pena tipo y que determina el procedimiento aplicable- lo que limita la conformidad, sino la petición concreta de pena efectuada por la más grave de las acusaciones. Partiendo de ahí resulta absurdo permitir conformidad de hasta 12 años en un procedimiento y no en otro, máxime si en este último las garantías procedimentales son mayores”⁵¹⁴. Hoy, tendría que hacerse referencia al límite de 9 años del abreviado y no a los 12 años.

Es cierto que el legislador no ha establecido límites para la conformidad en el procedimiento abreviado, y que el espíritu de la nueva ley fue el de acelerar el procedimiento y potenciar los mecanismos de consenso. Todavía, nos decantamos por restringirla a los seis años, límite establecido tanto para el procedimiento ordinario, como para el del Tribunal del Jurado, por cuatro motivos fundamentales: la interpretación supletoria del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; porque no admitimos renuncia al derecho fundamental de la defensa, del debido proceso cuando la consecuencia sea la privación de la libertad; porque se hace necesario imponer límites a la oportunidad o al consenso; y porque, aunque admitamos la oportunidad en el proceso penal, ésta debe estar limitada por ley, y para solucionar las infracciones criminales de menor entidad.

Aún, se podría argumentar, como lo hizo CABAÑAS GARCÍA, de que la Ley Orgánica 7/88 debe ser complementada, en todo aquello que no se oponga a su espíritu y finalidad, por todos los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativos a la conformidad. Además, las normas relativas a la conformidad de los artículos 655 y ss. se subsumen en el nuevo procedimiento, “acoplándose a su propia dinámica, y en la medida que sirvan a idénticos fines”. La renuncia inequívoca que hay en la conformidad debe ser

⁵¹⁴ En “La conformidad...”, cit., pág. 41.

vista como una “figura anómala y restrictiva”, debiendo prevalecer el proceso con todas las garantías⁵¹⁵.

Respecto a la forma, la conformidad en el abreviado obedecerá esencialmente a la escritura, pues en casi todos los momentos en que se la posibilita, se manifiesta en un escrito: escrito conjunto al Juez instructor (art. 791.3 LECrim), escrito de la defensa en la calificación (art. 791.3 LECrim), presentación de un escrito conjunto en el juicio oral (793.3 LECrim). Este último artículo también subraya que las partes podrán pedir, antes de la producción de la prueba, que se dicte sentencia de conformidad. Aunque, no esclarece, así como hace en las demás situaciones de conformidad, si deberá ser escrito o oral. No se presenta ningún inconveniente para que la conformidad se manifieste oralmente, pues la pena ya ha sido pedida en el escrito de la acusación.

Pensamos que la conformidad, cuando es manifestada en el acto del juicio oral, no necesitaría ser en forma escrita, pues las partes están en la fase procedimental en la que predomina la oralidad. Esto vale también para los demás procedimientos. Además, uno de los objetivos es ahorrar tiempo, abreviar las formas y el proceso mismo. Esto también inhibiría los acuerdos hechos sin la presencia del órgano judicial.

Cuando hemos tratado de los momentos en que es posible la conformidad en el abreviado⁵¹⁶, nos referimos al lugar en que puede ser prestada -ante el Juez instructor o el Tribunal competente para la fase definitiva-, y también respecto del tiempo -fase intermedia o en la definitiva-.

⁵¹⁵ En “El proceso penal español...”, cit., págs. 239 y 242.

⁵¹⁶ Véase segunda parte capítulo II, número 1, letras G, a.

c) Efectos

La conformidad ante el Juez instructor, tanto con la presentación de un escrito conjunto, como en la manifestada en el escrito de defensa, produce la terminación anticipada de la fase procedimental intermedia, pues los autos son inmediatamente enviados al Tribunal competente para la fase definitiva. En este aspecto se distingue de la conformidad prestada en el ordinario, la cual no cambia el cauce de la fase preliminar.

Asimismo, las dos modalidades de conformidad provocan el término anticipado de la fase definitiva, sin que se produzca la prueba y los demás actos procesales. En cualquiera de las hipótesis, como no se celebrará o no se proseguirá el juicio oral, esta terminación anticipada del proceso implica un fallo sobre el fondo, como suele ocurrir, según la norma, en toda conformidad.

En relación a la pluralidad subjetiva, a la pluralidad de hechos, a la coexistencia de pretensiones de derecho penal y civil, y a las hipótesis de la prosecución del juicio oral, valen las mismas reglas que señalamos para el proceso ordinario⁵¹⁷.

Ya hemos manifestado cuando abordamos la conformidad en el juicio ordinario⁵¹⁸, que la ratificación deberá ser en juicio público. Aquí con más razón, pues existe la posibilidad de ser presentada la conformidad ante el Juez instructor, como forma de consenso. El Tribunal debería representar un segundo filtro de control de la manifestación de los que actuaron en esta conformidad. Siempre debería ser oído el imputado, tanto por el Juez instructor,

⁵¹⁷ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

⁵¹⁸ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras, F, b.

antes de dar por terminada la fase intermedia, evitándose remesas inútiles al Tribunal, como por éste, sobre las conformidades de la fase anterior, y también de las manifestadas en la fase definitiva.

En el abreviado, además de la conformidad de la defensa con el escrito de defensa, o en el acto del juicio oral, por el acusado, se presenta una nueva situación: la del consenso entre las dos partes. Incluso, éste puede ser manifestado tras la existencia de una pretensión acusatoria. ¿El hecho de que el acusador pueda pedir o presentar un nuevo escrito de acuerdo con la defensa, implica desistimiento de la pretensión acusatoria? y más, ¿puede haber condena sin pretensión acusatoria? ¿qué ocurre con la pretensión acusatoria y con la resistencia procesales?

En primer lugar, no podrá haber condena sin acusación por un órgano distinto del jurisdiccional -principio acusatorio-. Ocurre que el Tribunal puede condenar ante el consenso, y la sentencia tiene todos los efectos de una sentencia de condena. Por esto, la pretensión acusatoria no desaparece, así como no desaparece cuando el acusador pide la condena por un hecho, o por una sanción menos grave de la manifestada en el escrito de calificación provisional.

Tampoco hay desistimiento o renuncia de la pretensión acusatoria, sino una disminución de su extensión o una reducción del efecto temporal de una de las consecuencias de la condena, que es el cumplimiento de la pena, siempre con la anuencia de la defensa, que, en contrapartida, por conveniencia material e instrumental, la acepta antes del veredicto jurisdiccional. De pretensión acusatoria pura, se convierte en una pretensión acusatoria *sui generis*, de naturaleza mixta, distinta de la primera. Así, el Tribunal la estima, condena, y aplica la pena.

Parte de la doctrina⁵¹⁹, en lo que respecta al abreviado, se decanta por entender que el órgano judicial está vinculado a la conformidad, no pudiendo

⁵¹⁹ MUERZA ESPARZA, J., *Derecho...*, cit., págs. 705 y 706, hace una exposición exhaustiva de las diversas corrientes y de los efectos correspondientes a cada una. Así, añade que se aplica en todas las causas del procedimiento abreviado y que el órgano jurisdiccional “está vinculado de forma absoluta a la petición formulada por las partes, siempre que la pena pedida no exceda de seis años, es decir, ha querido llevar hasta esta sede el principio dispositivo del proceso civil. Sin embargo, entendemos que lo más coherente es interpretar esa conformidad estricta como fijación de límite máximo a la pena a imponer por el órgano jurisdiccional”. *Vid.*, asimismo, ALMAGRO NOSETE, J., *El nuevo...*, cit., págs. 205 y 206, en relación a la duplicidad de interpretación sobre la expresión “estricta conformidad”. Para GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional...*, cit., págs. 266 y 267, el órgano jurisdiccional puede imponer la pena que considere procedente, siempre que no exceda de la cantidad conformada, no estando vedada la posibilidad de absolución porque la sentencia debe tener la misma extensión que la prevista antes de la reforma de 1988, pues el artículo 791.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha introducido en el procedimiento abreviado una disposición específica respecto de la conformidad con el escrito de acusación. Entendiendo que la calificación conlleva una pena de mayor gravedad, el juicio oral deberá proseguir, otorgándose a la defensa un plazo para calificar los hechos, pues, al conformarse, no lo había hecho. Señala que esa posibilidad de control se queda más restringida en la modalidad de consenso. Según MALLO MALLO, L.A., “Algunas consideraciones...”, cit., pág. 404, la conformidad con penas hasta los 6 años “es absoluta y excluyente del arbitrio judicial”; Para MARTÍNEZ ARRIETA, A., “El principio acusatorio: teoría general y desarrollo jurisprudencial”, en *Justicia*, 1992, IV, págs. 871 y 872, el caso de estricta conformidad son las partes las que presentan al Tribunal una calificación y éste carece, por no haber celebrado el juicio oral, de un criterio distinto al tenido en cuenta por la acusación y defensa para la fijación de la pena, lo que comporta que la vinculación de la sentencia deba ser estricta a la calificación conformada. Admite que el órgano judicial ante el posible quebrantamiento del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de las penas -imposición a hechos semejantes o idénticos, de penas diferentes-, pueda rebajar la pena, previa audiencia de las partes. En el mismo sentido MONTÓN REDONDO, A., *op. cit.*, págs. 496 y 497, quien señala que la conformidad supone la terminación del proceso sin que el órgano sentenciador pueda acordar su continuación, de estimar que la pena procedente no era la solicitada sino mayor, como sucedía en el procedimiento ordinario (art. 655.3 LECrim), a no ser que el hecho no sea constitutivo de delito o considere la concurrencia de circunstancias

aplicar el artículo 655.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los casos de estricta conformidad, o sea, con penas de hasta seis años, ni absolver, ni aplicar una pena menos grave. Por otro lado, un importante sector doctrinal se inclina por la integración de los artículos 655 y 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, ante la conformidad con una pena no debida, por ser una mayor la procedente, conforme la calificación jurídica, debe seguir el juicio oral⁵²⁰.

También, en lo que atañe a la limitación del órgano judicial por el principio acusatorio con relación al hecho histórico, y a la calificación jurídica, se aplican las mismas reglas que expusimos cuando tratamos el procedimiento ordinario, incluso, lo señalado en relación a la pena⁵²¹. Además el ordenamiento jurídico debe ser interpretado de forma integral, teniendo aplicación el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando determina que la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado. La cuestión que más suscita controversia es la expresión “estricta conformidad”.

Hay que considerar que en el abreviado existe la posibilidad de que las partes negocien la pena tras la existencia de una acusación ya formalizada. La pretensión acusatoria ya presentada sirve de límite de esta negociación. Así, las

atenuantes o eximentes. Por su parte, ORTELLS RAMOS, M., “El nuevo...”, cit., pág. 559, pone de relieve que existe vinculación del órgano judicial a la pena conformada cuando no supera los seis años, en el límite mínimo y máximo. Admite la absolución o la condena más benévola, siempre que parta de la descripción del hecho aceptado por las partes, y cuando la pena aceptada es superior a los seis años, no existe vinculación del órgano jurisdiccional.

⁵²⁰ Vid. ASENSIO MELLADO, J.M., *op. cit.*, pág. 53; DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., pág. 371; GIMENO SENDRA, V., “La nueva...”, cit., pág. 980.

⁵²¹ Véase Tercera parte, capítulo II, número I, letras F y c.

partes no podrán presentar un escrito negociado o pedir que el Tribunal dicte sentencia de conformidad, más allá del contenido de la pretensión acusatoria. En este sentido, el legislador fue claro, al señalar en el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que el escrito que es presentado en el acto del juicio oral, no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de calificación. Así, el cambio únicamente se admite a favor del acusado, ante su renuncia al cauce legal y a la presunción de inocencia.

El artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que, en los casos de pena no superior a seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes. La cuestión gira en torno a la vinculación absoluta o relativa del Juez o Tribunal a la conformidad, o sea, si está autorizado o no a absolver, a condenar a pena menos grave de la pactada, o de desestimar la conformidad cuando la pena debida sea más elevada⁵²².

Primeramente, hay que señalar que una interpretación literal nos llevaría a admitir dos especies de conformidad en el abreviado: una estricta y otra amplia, y una vinculación, ora relativa y ora absoluta del Juez o Tribunal a la extensión de la pena aceptada o pactada, con un evidente tratamiento desigual a los acusados⁵²³.

⁵²² Vid. PALOMO DEL ARCO, A., "Dosimetría...", cit., págs. 371-381, los posicionamientos de la doctrina sobre la vinculación absoluta o relativa a la pena conformada, y las vinculaciones en lo que atañe a pena más grave, más leve, a la omisión de pena, y a la posibilidad de absolución.

⁵²³ Véase DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 267-272, y *Alcance de los términos «sentencia de estricta conformidad»*, Colex, Madrid, 1998, pág. 19, cuando admite las dos especies de conformidad y las diferentes hipótesis que suscita la conformidad a penas que superen a los 6 años. Por su parte, ORTELLS RAMOS, M., "El nuevo...", cit., págs. 558 y 559, admite las dos especies de conformidad.

En un sentido genérico, se podría decir que el principio de igualdad significa dispensar el mismo tratamiento ante un supuesto idéntico resuelto anteriormente (art. 14 CE), que se desvela difícil de ocurrir en el proceso penal, ante las peculiaridades de cada conducta individualizada. En un sentido procesal, se refiere a los poderes y oportunidades que se otorgan a las partes en el desarrollo del proceso, o sea, la oportunidad que la parte tiene de rebatir los fundamentos jurídicos y fácticos del adversario (art. 24 CE). El Tribunal Constitucional lo vincula al derecho de defensa (SSTC 76/82, de 14 de diciembre, 109/85, de 8 de octubre, 155/88, de 2 de julio), a la tutela efectiva (SSTC 109/85, de 8 de octubre y 191/87, de 1 de diciembre), y al derecho a un proceso con todas las garantías (STC 76/82, de 14 de diciembre; AATC 553/87, de 13 de mayo y 992/88, de 12 de septiembre)⁵²⁴.

Someter a los juzgadores, de forma restrictiva a la conformidad, además de convertirlos en figuradas decorativas y homologatorias, implica retirarles la función de juzgar, de prestar efectivamente la jurisdicción e individualizar la sanción penal con proporcionalidad entre la pretensión acusatoria y la pena necesaria a la reprobación jurídica. “Hay que recordar que el principio de proporcionalidad, en su auténtica versión judicial, debe presidir al máximo la encomienda juzgadora y sancionadora de los Jueces, propendiendo hacia una limitación de la pena en función del mal causado, y, sobre todo, con vista a la necesidad de una oportuna adecuación de aquélla al fin que deba cumplir. La Justicia, como valor supremo, tiene su concreción en el ámbito penal en la debida proporcionalidad entre el hecho y la respuesta punitiva del Estado”⁵²⁵.

⁵²⁴ CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal español...”, cit., págs. 286-289.

⁵²⁵ STS de 30 de octubre de 1992 (RA 8560). *Vid.*, asimismo, la STS de 17 de junio de 1991 (RA 4728), cuando establece que la función del Juez es individualizar la pena, sin descuidar la búsqueda y aplicación de los principios generales del ordenamiento, entre los que destaca la Justicia como valor supremo, que tiene su concreción en el ámbito penal en la debida

El principio de proporcionalidad, que tiene fundamento en la protección de los derechos fundamentales y en las libertades públicas, informa que desde la elaboración de la norma, pasando por su interpretación, aplicación a un caso concreto, hasta el cumplimiento de una decisión judicial, debe ser buscado el equilibrio entre los valores e intereses en conflicto, prohibiéndose el exceso⁵²⁶. En el Derecho Penal la proporcionalidad está relacionada con el proceso de individualización de la sanción criminal, que empieza con la previsión abstracta de la clase y límites de la pena establecidos para las infracciones criminales, garantizándose, cuando el legislador observa el equilibrio entre el bien jurídico protegido y la sanción conminada al transgresor del precepto. En el momento de la dosimetría de la sanción criminal, de escoger cuál es la clase de pena a ser aplicada, o de efectuar la sustitución de la pena privativa de libertad fijada, el Juez, además de analizar y motivar la opción penal y las operaciones hechas hasta llegar a la pena final, en atención a la culpabilidad y demás circunstancias del acusado, está sometido a la prohibición del exceso, pues deberá ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta la finalidad de la sanción y el grado de necesidad exigible para alcanzar esta finalidad. En la dosimetría

proporcionalidad entre el hecho y la respuesta punitiva del Estado. También, la STS, de 12 de septiembre de 1991 (RA 6176), señala que el “juzgador se vería impotente para buscar, graduar y enjuiciar la proporcionalidad entre la acusación pedida y la pena más justa”. La STS de 30 de septiembre de 1991 (RA 6653), pone de manifiesto la imposibilidad de convertir al Ministerio Fiscal en un órgano decisorio, rechazando una vinculación absoluta o el total sometimiento del Tribunal a la petición acusatoria, “pues ello sería como sustraer de los Tribunales de Justicia la misión más importante que les está encomendada, cual es la de juzgar los hechos, empleando el vehículo de las sentencias razonadas y motivadas, con arreglo al mandato constitucional”.

⁵²⁶ Según GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pág. 53, los artículos 1 -España es un Estado social y democrático de derecho, que tiene, entre otros, la libertad y la justicia como valores superiores-, 9.3 -garantía constitucional de la jerarquización normativa, con la prohibición de la restricción a los derechos individuales-, 10 -protección de los derechos y deberes fundamentales, con relieve a la dignidad de la persona-, y el Capítulo II del Título Primero -protección de los derechos y de la libertades públicas-, van en este sentido.

judicial, además de buscar la fijación de la pena justa, la limitación legal general se concreta en una limitación individual y casuística que, por su turno, se extiende al momento de ejecución de la condena, tanto en su aspecto jurisdiccional -libertad condicional, alteración de régimen, por ejemplo-, como administrativo -traslados y desplazamientos de penados, por ejemplo-. Por lo que al proceso penal respecta, la proporcionalidad presupone la legalidad y la justificación teológica. Sus requisitos extrínsecos son la judicialidad -objetivo- y la motivación -formal-, y los intrínsecos, la adecuación de las medidas a sus fines -idoneidad-, la intervención mínima -necesidad-, y la ponderación de los intereses -proporcionalidad en sentido estricto-⁵²⁷.

La vinculación del juzgador a la pena conformada, transfiere la función de juzgar, que implica no sólo la emisión de un juicio de condena o de absolución, sino también de juzgar la pena debida, convirtiendo a las partes en juzgadoras, principalmente el Ministerio Fiscal, de acusador a Juez. Como el principio acusatorio implica división de funciones, tal prohibición, además de vulnerar el principio de proporcionalidad, también atenta contra el acusatorio. Sin embargo, más apropiadamente, pensamos que vulneraría la necesidad de tutela judicial efectiva, pues el juzgador estaría obligado a aceptar la pena conformada y, en lo que respecta al acusado, podría resultar condenado o sancionado indebidamente. Hay una relación inseparable entre tutela jurisdiccional criminal debida y necesidad de aplicación de la pena debida.

Ante esta exposición, ¿cómo quedaría la locución estricta conformidad? Ya se ha dicho que la ley no contiene expresiones inútiles. Sin embargo, pensamos que ésta es una expresión que ya nació sin aplicación, ajena a una exégesis integrativa del ordenamiento jurídico, pues la exclusividad de

⁵²⁷ Véase GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad....*, cit., págs. 17 y 25. Según la STS de 8 de julio de 1999 (RA 6204), el principio de proporcionalidad de la pena es competencia del legislador.

condenar o absolver, y de individualizar la pena, incumbe al juzgador (art. 117.3 CE).

El Tribunal Supremo entiende que se aplican las normas del procedimiento ordinario, esto es, que el órgano judicial no está vinculado a la pena conformada. Sin embargo, las decisiones no son uniformes en lo que atañe a la necesidad de convocar una audiencia de las partes o dictar sentencia absolutoria sin ella⁵²⁸. Nos decantamos por entender que el Juez o Tribunal, en caso de absolver o de aplicar una pena menos grave, así procederá. Por el contrario, si tiene que emitir un juicio de culpabilidad, entendiendo que la pena posible es más elevada, debe desestimar la conformidad y mandar seguir el cauce natural del proceso.

Por el término “estricta conformidad”, según la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, debe entenderse la aplicación de la sanción ajustada enteramente a la ley, de tal manera que conlleva la “prohibición de imponer una

⁵²⁸ Según las SSTs de 27 de marzo de 1998 (RA 4015), de 25 de mayo de 1998 (RA 4436), y de 22 de marzo de 1999 (RA 1602), el principio de audiencia relativiza la acepción “estricta conformidad” y obliga al órgano jurisdiccional a oír a las partes cuando tenga que aplicar una pena menos grave o absolver al acusado, so pena de vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, por indefensión. Además, en el abreviado no está prevista la prosecución del juicio oral, sino un trámite para oír a las partes -casos de absolución o de atenuación de la pena-, en la medida en que el órgano jurisdiccional, no obstante a la conformidad, puede “realizar una distinta subsunción, pues el principio «iura novit curia» no queda desvirtuado por la conformidad de las partes sobre la calificación jurídica si bien es preciso abrir un trámite de audiencia para que las partes que se conformaron puedan informar sobre la nueva calificación”. Sin embargo, las SSTs de 7 de abril de 1993 (RA 3060), de 31 de diciembre de 1997 (RA 9004), y de 2 de octubre de 1998 (RA 8040), señalaron que el Juez o Tribunal pueden dictar sentencia de absolución o con una pena menos grave que la conformada, sin oír a la acusación, pues no existe en el sistema procesal español el derecho de las acusaciones a ser informadas de las posibilidades de atenuación de la pena.

pena superior a la acordada por las partes”⁵²⁹, sin impedimento de que el Juez o el Tribunal puedan bajarla dentro de los parámetros legales⁵³⁰, o como “fundamental ajustamiento de la pena a imponer al mandato legal”⁵³¹.

De esta manera, nos decantamos por la tesis de la integración de las normas del procedimiento abreviado a las del procedimiento ordinario, y a los principios acusatorio, de la tutela debida y prohibición de indefensión. Por esto, la locución “estricta conformidad” no vincula de forma absoluta al juzgador, sino únicamente de manera relativa, de tal modo que puede absolver o rebajar la pena conformada a la debida, respetada la limitación legal, y desestimar la conformidad cuando la sanción debida es una más elevada, determinando la continuación del juicio oral⁵³².

Según lo que ha previsto el legislador, en el procedimiento ordinario, es posible, como se ha afirmado, la continuación del proceso únicamente para actuar la pretensión de responsabilidad civil, aunque sólo para establecer el *quantum debeatur* y con limitación probatoria (arts. 655 y 695 LECrim). Todavía, las normas referentes al abreviado no se pronuncian respecto de la responsabilidad civil en los supuestos de conformidad con la pena. Tampoco

⁵²⁹ En la STS de 4 de diciembre de 1990 (RA 9404), el Tribunal aplicó la pena de 1 año de prisión, a un acusado que se había conformado con una pena de 2 años de prisión.

⁵³⁰ En la STS de 17 de junio de 1991 (RA 4735).

⁵³¹ En la STS de 12 de septiembre de 1991 (RA 6176). Según CABAÑAS GARCÍA, J.C., “El proceso penal español...” cit., pág. 261, el párrafo 3 del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “debe considerarse derogado a efectos prácticos, pues una visión de conjunto de las cosas conduce a excluir todo poder inquisitivo del órgano judicial, que no se haya deseado prever en el nuevo texto del 88”, sirviendo la coletilla estricta conformidad como “eficaz muro de contención contra cualquier intento de agravación de la pena conformada por el acusado, sea directo (dictar una sentencia alternativa a este tenor), o indirecto (forzar a la realización íntegra del procedimiento, con ulterior inobservancia de la Cf.)”.

⁵³² Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

existe regla alguna prohibitiva de la conformidad con la responsabilidad civil, o la prosecución del proceso para establecerla o cuantificarla. Pensamos, por tanto, que son aplicables las reglas subsidiarias del ordinario, pues son normas supletorias a las demás formas de oportunidad, que no han sido derogadas⁵³³.

H) Conformidad en el proceso del Tribunal del Jurado

a) Momentos procesales

Una interpretación literal y restrictiva de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado ubicaría la conformidad tras la convocatoria de los Jurados, o sea, en el momento procesal enunciado en su artículo 50, pues no se refiere a los momentos procesales del procedimiento ordinario o abreviado. A esta situación se podría argumentar con la especialidad de esta ley⁵³⁴. Sin embargo, pensamos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene aplicación supletoria a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, incluso en lo que respecta a la conformidad. Además de la remisión genérica del artículo 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado cuando determina que la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene aplicación supletoria en lo que no se oponga a los preceptos de la presente ley⁵³⁵, el artículo 29.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado determina

⁵³³ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

⁵³⁴ Véase MARCHENA GÓMEZ, M., "El Fiscal y la ley del jurado", en *El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 318 y 319.

⁵³⁵ Según VEGAS TORRES, J., *Comentarios a la ley del jurado* (DE LA OLIVA SANTOS, coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, pág. 320, la aplicación supletoria se refiere tanto al proceso ordinario, como al sumario, pero, observadas las reglas propias de la competencia de cada uno. Por su parte, DE DIEGO DÍEZ, L.A., "La

que se dará traslado a la representación del acusado, que formulará escrito de calificación en los términos del artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediéndose de acuerdo con el artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual, según MUERZA ESPARZA, se completa con el artículo 655 de la propia ley⁵³⁶. Así, la conformidad prevista en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal encuentra soporte en el artículo 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que manda aplicar los artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tampoco, en ninguna ocasión la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado hace referencia a ningún momento específico para ser prestada la conformidad, restringiéndose a enunciar sus efectos.

conformidad...”, cit., pág. 1304, se decanta por la aplicación de las normas del procedimiento ordinario y del abreviado a la conformidad en los delitos de competencia del Tribunal del Jurado. *Vid.*, asimismo, GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, págs. 106 y 107, cuando señala que, en su opinión, la conformidad en el Tribunal del Jurado sólo se da en el acto del juicio oral, y se puede producir de tres maneras distintas: aplicación de los artículos 655 y 791.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; del artículo 688, II ó 793.3, sendos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y del artículo 48.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

⁵³⁶ En *Comentarios a la ley del jurado*, (coordinación de MONTERO AROCA, J.), Aranzadi, Pamplona 1999, págs. 723 y 724. Este sería el segundo momento de la conformidad, pues el primero se daría en la primera comparecencia prevista, cuya finalidad es concretar la imputación, “puesto que el tenor literal del art. 25.3 establece que se oirá al letrado del imputado, quien manifestará lo oportuno para su defensa”. El propio Juez de instrucción dictaría un auto de apertura del juicio oral, recogiendo el pacto, emplazando las partes ante el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 35 LOTJ), y el Magistrado-Presidente dictaría el auto de hechos justiciables (art. 37 LOPJ), recogiendo la conformidad, procediéndose conforme el art. 50 de la LOTJ”. Aunque señale que los momentos procesales no se oponen al abreviado, pero sí al ordinario, admite la aplicación del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por fuerza del artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Por esto, en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, reconocemos que la conformidad puede representar manifestaciones del consenso entre las partes, cuando presentan, ante el Juez instructor o en el acto del juicio oral, un escrito conjunto de conformidad con la pena más grave; o disponibilidad unilateral de la defensa, cuando se conforma con la pena más grave, en el escrito de calificación provisional ante el Juez de instrucción, o bien manifestada por el propio acusado, y también en la fase de conclusiones definitivas (art. 50 LOTJ)⁵³⁷.

El Juez instructor, a pesar del escrito de calificación provisional presentado por la defensa, conformándose con la pena (arts. 655 LECrim, 24.2 y 29.2 LOTJ), no podrá analizarlo, sino continuar el procedimiento que le asigna la ley. También tramitará normalmente el proceso cuando las partes, en la fase anterior a la convocatoria de los jurados, presentaren un escrito conjunto de conformidad (arts. 791.3 LECrim y 24.2 LOTJ).

En las siguientes oportunidades que se da a la defensa o a las partes para que manifiesten la conformidad, ya se está ante los jurados. Aquí el propio acusado puede conformarse con la pena (arts. 688. 2 LECrim y 24.2 y 42.1, LOPJ), o, durante el acto del juicio oral, antes de la producción de la prueba, las partes pueden presentar un escrito conjunto de conformidad, o también pedir que se dicte sentencia de conformidad (arts. 793.3 LECrim y 24. 2 LOTJ).

⁵³⁷ Según MORENO VERDEJO, J., *Los recursos...*, cit., pág. 401, se aplica a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado a las demás formas de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por fuerza del artículo 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. *Vid.*, asimismo, la STS de 4 de noviembre de 1996 (RA 8044), cuando señala que la conformidad tras la producción de prueba o el trámite de las calificaciones definitivas sólo se permite en el Tribunal del Jurado.

Incluso, en el término de las sesiones del juicio oral, en la fase de las conclusiones definitivas (art. 50 LOTJ), la defensa puede conformarse con la pena más grave de las postuladas. Esta especie de conformidad ha recibido, acertadamente, una valoración negativa⁵³⁸ porque frustra la principal función del instituto, que es la de evitar la celebración de juicios orales innecesarios. Además, es contrario a la economía procesal, pues los jurados son convocados, escuchan la producción de la prueba para después irse para casa, sin decidir nada. Sin embargo, la ventaja radica en que el acusado tiene la posibilidad de evitar un veredicto de los Jueces legos.

También, por no haber prohibición legal, nos decantamos por entender que la conformidad con la pena más grave puede ser manifestada en cualquier momento de la celebración del juicio oral, como nos planteamos en los demás procedimientos. Con más razón en el proceso ante el Tribunal del Jurado, pues el marco temporal final de la conformidad son las conclusiones definitivas⁵³⁹, porque uno de los fundamentos de la conformidad es evitar el juicio. En estas hipótesis, el juicio oral debería ser interrumpido con sometimiento de la manifestación del acusado y de su defensor al veredicto de los jurados.

⁵³⁸ Véase DE DIEGO DíEZ, L. A., *La conformidad...*, cit., pág. 550; GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 598; y MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios...*, cit., págs. 720 y 721.

⁵³⁹ Según TOMÉ GARCÍA, J.A., *El tribunal del jurado: competencia, composición y procedimiento*, Edersa, Madrid, 1996, pág. 180, “en cuanto al momento procesal oportuno en el que se ha de prestar la conformidad en el acto del juicio, el artículo 50 no dice nada, por lo que habrá que entender, con arreglo a las normas comunes, que en principio debe ser antes de que se practiquen las pruebas. No obstante, el silencio del legislador puede interpretarse también en el sentido de admitir la conformidad a lo largo de todo el juicio oral. Véase, del mismo autor, *Comentarios...*, cit., pág. 496, cuando añade que se aplican las normas comunes, o sea, los artículos 688 y ss. LECrim, decantándose por la admisión de la conformidad también en el trámite de las conclusiones definitivas.

También, merece señalarse la opinión de MORENO VERDEJO, cuando pone de relieve que el artículo 30.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado es “una manifestación de conformidad en relación con el auto de apertura del juicio oral, haciendo innecesaria la celebración de la audiencia preliminar”⁵⁴⁰.

b) Requisitos

El Juez instructor, una vez que la conformidad le sea presentada, no podrá analizarla. Por lo tanto, no ejerce una forma de control sobre ella. Toda la actividad de averiguación de sus presupuestos es competencia del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, y del propio Tribunal del Jurado.

En efecto, es el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado quien controla la existencia de los presupuestos legales de la conformidad, pues puede disolver el jurado y dictar sentencia condenatoria, o mandar proseguir el juicio oral, ante la no existencia de prueba de la autoría o de la materialidad o, aún, someter el escrito de conformidad al veredicto de los jurados, en las hipótesis de falta de tipicidad, o de existencia de alguna atenuante o causa de exención de pena.

Se exige el consenso de la acusación y de la defensa cuando ocurre la presentación del escrito conjunto, tanto ante el Juez instructor, como ante el Tribunal del Jurado. Cuando la conformidad es presentada con el escrito de calificación provisional, por el propio reo, o en la fase de conclusiones definitivas, basta la anuencia entre el acusado y el abogado defensor.

⁵⁴⁰ En *Los recursos...*, cit., págs. 400 y 401.

Únicamente en la forma de consenso es cuando el Ministerio Fiscal tiene una actuación más activa, restringiéndose, en las demás hipótesis, a simple controlador de la legalidad de la manifestación volitiva del acusado y de su defensor. Por lo tanto, el fiscal, cuando la conformidad es manifestada en el escrito de defensa, no ejerce una función esencial, pues está siendo aceptada su pretensión. Sin embargo, la relevancia de su actuación se manifiesta en la presentación de un escrito conjunto con la defensa, tras una negociación con el acusado y su letrado.

La ley no se refiere expresamente a la actuación del abogado defensor. Como es preceptiva su anuencia en los demás supuestos de conformidad, en consideración al principio de la amplia defensa, nos decantamos por entender que la defensa técnica debe intervenir, aunque abogamos por la preeminencia de la defensa personal. Para que haya la presentación del escrito conjunto, el abogado deberá de haber participado del consenso entre las partes, y cuando la conformidad ocurre en el momento de la presentación del escrito de defensa, será debido a un previo acuerdo del abogado con su representado.

Habiendo más de una acusación -acusador popular y/o particular-, se hace necesaria la manifestación de la conformidad con la pena más onerosa, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por una interpretación del artículo 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, pues las causas “recogen aquellos supuestos de conformidad en los que el acusado se ha conformado con una pena superior a la que le corresponde, bien porque la concurrencia de una causa de exención hace que tal pena no deba imponerse, bien la concurrencia de una causa de exención hace que tal pena a imponer debe ser muy inferior”⁵⁴¹.

⁵⁴¹ MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 729.

Sin la anuencia del acusado no habrá especie alguna de conformidad. Si el abogado manifiesta su conformidad en el escrito de defensa, sin que el acusado lo haya autorizado, podrá, en el inicio del juicio oral, o en la primera oportunidad en que sea oído, no concordar con la conformidad. Por esto es importante que siempre el acusado sea oído. Así, queda atendido plenamente el principio de la amplia defensa y de su efectividad. Sin embargo, a pesar de los criterios contrarios, nos decantamos, como lo hicimos en el abreviado, por la necesidad de convocar a las partes en el caso de una causa de atenuación o de exención de pena (art. 50.3 LOTJ).

En el escrito negociado entre la acusación y la defensa, no se podrán incluir otros hechos que los delimitadores de la pretensión acusatoria ya presentada por la acusación, ni modificar *in peius* la calificación de los hechos (art. 50.1 LOTJ).

La conformidad está limitada objetivamente también por la cuantía de la pena. Ésta no puede exceder de los seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y la privación de derechos, las cuales no están sometidas a la limitación. Además de la previsión expresa del artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, se aplica supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo que se refiere a la limitación de la sanción criminal que propicia la conformidad, conforme el artículo 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Por lo tanto, el límite de la pena privativa de libertad no puede traspasar los seis años⁵⁴².

⁵⁴² Según MURZA ESPARZA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 726, otras penas, diversas de la privación de libertad pueden ser objeto de conformidad en el Tribunal del Jurado, pues son menos graves que aquélla. El objetivo es la aceleración y simplificación del proceso, y hay delitos penados con sanción diversa de la privación de libertad, competencia del Tribunal del Jurado (arts. 195 y 439 del CP, y art. 1.2 de la LOTJ).

Es además un motivo para que éste también sea el límite de la pena en el procedimiento abreviado, manteniéndose la simetría entre todos los procedimientos.

Según el artículo 68 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, el veredicto de los jurados se limita a la culpabilidad o no del acusado. Cuando los jurados consideran la responsabilidad del acusado, el Magistrado-Presidente concede la palabra a las partes para que informen sobre la pena y también en lo que atañe a la responsabilidad civil. La conformidad penal anterior al veredicto de los jurados, deberá, por una interpretación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también, para ser válida, abarcar la civil, con la excepción de la reserva de la acción. Posteriormente al veredicto de culpabilidad, la competencia, con o sin conformidad con la responsabilidad civil, es del Magistrado-Presidente. Entendemos aplicable aquí, lo dicho respecto de la conformidad con la responsabilidad civil en el juicio ordinario⁵⁴³.

c) Efectos

Como hemos visto, la conformidad manifestada antes de la fase del juicio oral no implica terminación anticipada del proceso penal, pues el Juez instructor está obligado a proseguir con los trámites establecidos, y encaminar el expediente al Tribunal del Jurado, que es el competente para la fase siguiente. Por lo tanto, el Juez instructor no ejerce un control valorativo sobre la conformidad. Se pasa a la fase definitiva, como si no hubiese ocurrido especie alguna de conformidad.

⁵⁴³ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras, F, c.

Con la conformidad manifestada, continúa el juicio cuando no haya indicios de autoría o no haya prueba de la materialidad (art. 50.2 LOTJ). Sin embargo, se disuelve el Tribunal del Jurado, y el Magistrado-Presidente pasa a dictar sentencia cuando están presentes todos los requisitos legales de la conformidad (art. 50.1 LOTJ). Respecto a la acumulación subjetiva y objetiva, se aplican las mismas reglas del proceso ordinario⁵⁴⁴, por mandato del artículo 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Nuestra tesis de separación de los procesos, exhaustivamente expuesta en el ordinario, tiene aplicación en esta ley especial.

Por consiguiente, la conformidad con la pena de mayor gravedad, en el Tribunal del Jurado, implica su disolución siempre que están presentes los requisitos legales. Es un efecto determinado por la ley, la cual también contempla otras causas de la terminación anticipada, como la inexistencia de prueba de cargo (art. 49, I y II), el desistimiento en la petición de condena (art. 51), y por la suspensión del juicio oral en determinados casos (art. 47).

Asimismo, la disolución del jurado no es una consecuencia automática de la conformidad, lo que no ocurre cuando el Magistrado-Presidente entiende que no hay prueba de la materialidad de los hechos -el hecho no ha sido perpetrado-, o que no hay indicios de autoría -el hecho no fue realizado por el acusado-.

En función de la inexistencia de perpetración del hecho, o de la no ejecución por el acusado, el Magistrado-Presidente determina la continuación del Juicio oral (art. 50.2 LOTJ), y somete la conformidad a los jurados por falta de tipicidad, por existencia de atenuantes o por causas de exención de pena (art. 50.3 LOTJ).

⁵⁴⁴ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

Esta es la solución dada por el legislador. Consideramos que no es la más científica, ni la más pragmática. No es científica porque, tras otorgarse competencia al Tribunal del Jurado para dictar un juicio de condena o de absolución, se le quita esta competencia, únicamente por decisión de un Magistrado profesional. No es pragmática y contraría la lógica porque se practican actos procesales inútiles tras la conformidad, como la convocatoria figurativa de los jurados, no permitiéndose el análisis por el Juez instructor.

¿Y en las hipótesis de absolución o de procedencia de una sanción más grave? Si el Magistrado-Presidente considera que a los hechos corresponde una sanción mayor que la aceptada, se presentan tres soluciones: el juicio oral deberá seguir⁵⁴⁵; la conformidad debe ser sometida al veredicto de los jurados; o el Magistrado-Presidente dicta la sentencia que proceda.

Como expusimos cuando tratamos el proceso ordinario, el órgano jurisdiccional no podrá incluir nuevos hechos, alterar la calificación jurídica o condenar por una sanción más grave⁵⁴⁶.

Podría ser defendida la tesis de que siempre que hubiera conformidad, debería ser sometida a los jurados, pues son los Jueces competentes para las causas concernientes al Tribunal del Jurado. Sin embargo, los Jueces legos tienen la competencia para decidir sobre la culpabilidad o no del acusado. En el momento en que un acusado acepta la sanción o la negocia, está reconociendo su culpabilidad. Cumple al Magistrado-Presidente estimar o no la extensión de la pena. No estimada la conformidad por causas que excluirían la culpabilidad, ésta debería ser siempre sometida a los Jurados, pues a ellos compete decidir si hay o no culpabilidad, pues son los Jueces de la causa, predeterminados, con competencia *ratione materiae*. Estos, a su vez, estimarían o no la conformidad,

⁵⁴⁵ TOMÉ GARCÍA, J.A., *Comentarios...*, cit., pág. 497; y *El tribunal...*, cit., pág. 181.

⁵⁴⁶ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

con la continuación normal del proceso en caso de desestimación. Esta sería la solución de *lege lata*, pues el legislador, en el artículo 50.2 y 3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado así lo ha dispuesto.

De *lege lata*, tampoco se sometería a los jurados las hipótesis de aplicación de una pena más leve o más onerosa que la conformada, con la prosecución normal del proceso en el segundo caso.

Mantenida la solución dada por el legislador actual, las demás hipótesis de absolución podrían ser encuadradas dentro del artículo 50.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cuya enunciación es ejemplificativa, y no exhaustiva. En una interpretación analógica con el procedimiento ordinario, en caso de estimar que la pena es superior, también determinaría la continuación del juicio oral⁵⁴⁷.

Aún, hay que considerar que en los supuestos de existencia de más de un acusado, la ausencia de conformidad de uno de ellos implica la continuación del juicio oral contra los que no se conformaron con la pena de mayor gravedad. No concordamos con esta posición del legislador, por los motivos que ya fueron puestos de relieve cuando tratamos de la misma situación en el ordinario y en el abreviado⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Según TOMÉ GARCÍA, J.A., *El tribunal...*, cit, pág. 181, “por aplicación supletoria de la LECRIM habrá que entender que, no obstante la conformidad, procede la continuación del juicio: a’) si el Magistrado-Presidente considera que la pena conformada no fuese procedente según la calificación aceptada, sino otra mayor (art. 655, III, LECrim); b’) si en la fase de instrucción no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse éste cometido, no pueda menos de existir aquél (art. 699 LECrim)”. Véase, asimismo, del mismo autor, *Comentarios...*, cit., pág. 498.

⁵⁴⁸ *Vid.* segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c, y G, c.

En la disolución motivada por la conformidad, cuando la da por eficaz, el Magistrado-Presidente dictará sentencia de condena, con todas las consecuencias de una condena común, lo que no ocurre en la inexistencia de prueba de cargo, o en el desistimiento, cuyas causas implican una sentencia absolutoria, o en la exclusión de determinados hechos del juicio oral, cuando la prueba alcanza de modo diferente a más de un hecho.

Respecto a la impugnación de la sentencia de conformidad, se aplican los mismos argumentos expuestos cuando tratamos la impugnación en el proceso ordinario, incluso en lo que atañe a la posibilidad de la revisión criminal⁵⁴⁹

2) EL RECONOCIMIENTO DE LOS HECHOS

A) Concepto y naturaleza jurídica

El origen del instituto del reconocimiento de los hechos no es el mismo que el de la conformidad, pues la finalidad no es evitar la fase procesal, sino la anterior, o sea, la etapa del *ius persecuendi*. Esta modalidad de consenso fue introducida en la legislación española bajo la influencia de la R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, pues señala que la instrucción no debe tener carácter general u obligatorio, sino apreciable por el órgano judicial.

⁵⁴⁹ Vid. segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

Asimismo, hubo una influencia del proceso acelerado del derecho alemán⁵⁵⁰, del proceso directísimo italiano⁵⁵¹, y del proceso sumario portugués⁵⁵², hasta tal punto que DE DIEGO DÍEZ se refiere al reconocimiento

⁵⁵⁰ En este proceso se suprime la fase intermedia (§ 418.1 StPO), y se simplifica las otras dos etapas -procedimiento preliminar y el principal-, aunque se celebre la vista oral en determinadas situaciones. Este proceso puede ser utilizado en razón de la evidencia de los hechos o de una claridad probatoria (§ 417 StPO), siempre que la pena privativa de libertad prevista en abstracto no sea superior a un año (§ 419.1.2 StPO). El proceso por orden penal se caracteriza por la supresión de la vista oral, pudiendo, a través de ello, ser aplicada una multa o una pena privativa de libertad no superior a un año. Véase SCHLÜCHTER, E. D., *Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 187 y 188.

⁵⁵¹ El *giudizio direttissimo* ya estaba previsto en el Código Procesal Penal italiano de 1930, como proceso especial. Los actuales artículos 449-452 del Código Procesal lo consagra en los casos de flagrante delito, de prisión cautelar o de confesión de los hechos. En las hipótesis de que el Juez no homologa el flagrante, se aplicará este proceso si hubiere consenso entre el Ministerio Fiscal y el acusado. No se realiza la audiencia preliminar -proceso ordinario-, prevista en la legislación procesal italiana, en la cual las partes pueden presentar documentos, oír testigos, peritos y el imputado. Como regla, se trata de un proceso de fase única. En el *giudizio immediato*, previsto en los artículos 453-458 del Código Procesal Penal, también no se realiza la audiencia preliminar. Sin embargo, es utilizado, como regla, cuando no están presentes los requisitos para el *giudizio direttissimo*, ante la evidencia probatoria y los plazos cortos de presentación del acusado al Juez -15 días de la prisión o de la *notitia criminis*-. La definición de la situación criminal puede ocurrir en la audiencia preliminar -*giudizio abbreviato*-, siempre que hubiere solicitud de las dos partes (arts. 438-443 CPP). Así, se anticipa la sentencia de condena o de absolución. En caso de condena, el acusado recibe una reducción de pena de un tercio, o la sustitución de la prisión perpetua por una prisión de 30 años. Además, el Código de Proceso Penal italiano, en los artículos 459-464 consagra el proceso monitorio o por decreto, para los delitos que se persiguen de oficio, cuando el Ministerio Público estima que se debe aplicar únicamente una pena de multa, y la aplicación de la pena a pedido de las partes (arts. 444-448 del CPP).

⁵⁵² Este proceso se aplica en caso de flagrante delito con pena en abstracto no superior a tres años de privación de la libertad, o cuando el Ministerio Público estima que la pena a ser aplicada no supera este límite. Se trata de un proceso de fase única (arts. 381º-391º del CPP). Además, en el sistema portugués existe el proceso sumario (arts. 391º-391E del CPP) para los

de los hechos como una modalidad simplificada del procedimiento abreviado⁵⁵³.

Aunque haya asumido una naturaleza jurídica, requisitos y efectos propios, no se puede alejar la influencia del reconocimiento de la culpabilidad y de las negociaciones del sistema anglosajón⁵⁵⁴.

En el procedimiento abreviado, durante la fase de diligencias previas, el sospechoso podrá reconocer los hechos. Ante esta manifestación volitiva, el Ministerio Público solicitará al Juez instructor que remita el procedimiento al Juez de lo Penal competente para la realización del juicio oral. Es una manifestación de reconocimiento de los hechos, por parte del sospechoso, y de consenso del fiscal. No hay que hablar de conformidad con la pena, pues aún no ha sido formalizada la pretensión acusatoria.

delitos con pena de multa o privativa de libertad que no supere los cinco años, en el cual es posible una abreviación de las investigaciones. Sin embargo, existe una fase de debates ante el Juez instructor y una fase de saneamiento antes del juicio oral. En el proceso sumarísimo (arts. 392º-398 del CPP), para los delitos con pena de prisión no superior a los tres años, siempre que el Ministerio Público estime que no se deba aplicar una pena privativa de libertad. Es una especie de monitorio penal, pues si el acusado no ofrecer oposición a la pena, el Juez la aplica. *Vid.*, asimismo, MAIA GONÇALVES, M.L., *Código de processo penal anotado*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 683-692; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 218; y VARELA CASTRO, L., "Para una reflexión...", cit., pág. 189.

⁵⁵³ En *La conformidad...*, cit., pág. 83.

⁵⁵⁴ Véase SAAVEDRA GALLO, P., "El reconocimiento de hechos en el proceso penal abreviado", en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 873. Sin embargo, FAIRÉN GUILLÉN, V., "Las «negociaciones» y «conformidades»...", cit., pág. 391, se pregunta si no se trataría de "un *plea guilty* un tanto desdibujado con un *bargaining* -regateo, negociación- previo, un tanto oscurecido".

Se hace necesario precisar la dimensión del hecho reconocido. Entendemos que es el equivalente al elemento objetivo de la pretensión acusatoria que sería posible deducir. Por lo tanto, en su sentido normativo procesal -apariencia de delito-, esto es, independientemente de la calificación jurídica que podría recibir en la pretensión acusatoria. Así, el sospechoso no está reconociendo una tipicidad específica, un elemento subjetivo común -dolo o imprudencia-, o especial -finalidad de la conducta-⁵⁵⁵.

Como ha señalado James GOLDSCHMIDT, hay que tener en cuenta que la sospecha, aunque suficiente, “es decir, la certificación de sus presupuestos, no puede ser jamás condición de la existencia, sino únicamente de la evidencia de un derecho. El que vea en la sospecha suficiente un presupuesto del derecho de acción penal, incurre en la misma confusión que el que considere la prueba del delito como requisito previo del derecho punitivo, el acreditamiento de la pretensión de derecho privado como presupuesto de la

⁵⁵⁵ Según SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal...*, cit., pág. 156, integran el hecho reconocido los elementos objetivos del tipo y los subjetivos necesarios a la configuración típica, pero no los elementos subjetivos de la culpabilidad o deducibles de los hechos reconocidos. “El elemento de la culpabilidad o del tipo subjetivo, como puede ser la concurrencia de dolo o de culpa, su intensidad, la posible intervención de causas de inculpabilidad, etc..., podrá ser, en su caso, objeto de debate en el juicio inmediato, al igual que la calificación jurídica del hecho, la perfección que ciertos elementos del hecho reconocido puedan ser o no apreciados como integrantes de una circunstancia agravante o atenuante y, en fin, el propio grado y entidad de pena”. VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión...” cit., págs. 192 y 193, estima que la calificación jurídica no sea objeto del reconocimiento, este habrá de recaer, además de los hechos constitutivos de la acción típica, sobre los que puedan determinar la consideración del grado de ejecución, participación, circunstancias modificativas de la responsabilidad, incluso sobre elementos subjetivos especiales -propósito del autor-.

acción de embargo y la prueba del derecho privado como condición de la pretensión de sentencia”⁵⁵⁶.

La posibilidad de que se produzca el reconocimiento de los hechos se encuadra dentro de la acepción de abreviación del procedimiento, con la supresión, en las infracciones de menor entidad, de la fase preliminar, ante el consenso de las partes, con la garantía de la defensa técnica y del control judicial. Sin embargo, la única ventaja que se le otorga al imputado es la abreviación de la *persecutio criminis*, lo que explica, según VARELA CASTRO, “la casi total falta de aplicación de este procedimiento”⁵⁵⁷.

Así, el reconocimiento de los hechos es un acto jurídico por el cual el sospechoso, en la fase preliminar, admite su responsabilidad en el hecho natural, o del hecho desnudo, puro y simple, como manifestación del *consenso*, y no de una tipicidad determinada, o de un cierto tipo penal o la calificación jurídica de este hecho.

La Circular 1/1989, de 8 de marzo, ha puesto de manifiesto que a los efectos del reconocimiento del hecho, este tiene un sentido normativo, “puesto que dentro del proceso se realiza su reconocimiento y dentro del proceso surtirá sus efectos. Por ello aparece como equivalente al objeto procesal en su aspecto fáctico, esto es, al reconocimiento de los elementos objetivos que integran el tipo penal cuya existencia va a debatirse en el proceso. En cuanto sean necesarios para la construcción típica por estar expresamente previstos en la figura legal, también integrarán el hecho los elementos típicos subjetivos que se incorporen, en el correspondiente precepto del Código, a la hipótesis típica”.

⁵⁵⁶ En *Derecho justicial material*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, pág. 61.

⁵⁵⁷ En “Para una reflexión...”, cit., págs. 202 y 203.

La doctrina diverge⁵⁵⁸ en cuanto a la naturaleza jurídica del reconocimiento de los hechos. Ora se decanta por considerarla una modalidad de conformidad⁵⁵⁹, ora una especie de confesión⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Para GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 263, además de contradictorias, todas las diversas posturas doctrinales son defendibles.

⁵⁵⁹ Según FAIRÉN GUILLÉN, V., “Las «negociaciones» y «conformidades»...”, cit. págs. 389-397, se trata de una modalidad de conformidad, o sea, “es un allanamiento especial, negocial, con disposición del proceso, que queda acortado, y aún del Derecho Penal que podría ser aplicable en virtud de una acusación (o calificación) definitiva”. *Vid.*, también, MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 718; y VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión...”, cit., pág. 188.

⁵⁶⁰ Según DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., pág. 70, se trata de una “mera conformidad del imputado con la versión fáctica de su delito (los hechos punibles); en una especie de voluntaria *confeso*; en una renuncia al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable” y, más adelante, en la página 90, coincide con la naturaleza jurídica de confesión. Por su parte, GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 602, y en “La nueva regulación...”, cit., pág. 979, señala que se trata de una “confesión-allanamiento” que permite obtener una tramitación acelerada del procedimiento, así como poder beneficiar al acusado de una sustancial rebaja de la pena”. Para MALLO MALLO, L.A., “Algunas consideraciones...”, cit., pág. 401, el reconocimiento de los hechos tendrá valor de simple confesión y su eficacia se reduce a la aceleración y simplificación del procedimiento, pero no los efectos de la conformidad, pues aún no hay acusación, convocándose el juicio oral. Asimismo, MARTÍN OSTOS, J., “La posición del imputado...”, cit., pág. 836, señala que “el imputado reconoce los hechos ante el Juez de lo Penal. Sin embargo, nada impide que, en alguna ocasión, la actitud adoptada en el juicio oral no sea la esperada, en consonancia con el reconocimiento anterior de hechos; en ese caso, la confesión realizada ante la autoridad judicial, con asistencia de Letrado, será tenida como prueba en el juicio oral”. También, SAAVEDRA GALLO, P., “El reconocimiento...”, cit., págs. 873-875, pone de relieve que el reconocimiento de los hechos es una confesión, pues expresamente refiere que “la aceptación de los hechos por el acusado, esto es, su confesión”. *Vid.*, asimismo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales* (con GIMENO SENDRA, V., y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.), Bosch, Barcelona, 2000, tomo 6, pág. 167.

Es cierto que el sospechoso tiene la libertad de reconocerlo o no, pero esto no significa que pueda hacer lo que quiera con el hecho, pues este aún será calificado y analizado por el órgano judicial, lo que nos lleva a rechazar su esencia de disponibilidad sobre el objeto del proceso. Asimismo, para nosotros, el objeto del proceso se compone, además del hecho, de elementos subjetivos y de la petición especial.

Tanto el acusado, como su abogado, cuando reconocen los hechos, no están conformándose con una determinada sanción, sino con la adecuada al hecho, incluso con la posibilidad de obtener una absolución. Además, sus efectos son distintos, pues la conformidad implica reconocimiento de la pretensión acusatoria y término del proceso, mientras que el reconocimiento de los hechos implica la abreviación del procedimiento investigatorio, sin reconocimiento de la pretensión acusatoria que aún no existe⁵⁶¹.

Como ha afirmado CABAÑAS GARCÍA, los efectos del reconocimiento de los hechos se extienden a la resolución misma de la causa, al permitir, no ya la clausura inmediata del sumario, sino incluso la no celebración del debate oral, sin olvidar que se trata de una vía para la obtención de la conformidad⁵⁶². Por lo tanto, no constituye una especie de conformidad.

También, la extensión de la confesión⁵⁶³, desde el punto de vista jurídico, es distinta de la aceptación de los hechos, pues, además de no

⁵⁶¹ Según MORENO VERDEJO, J., *Los recursos...*, cit., pág. 401, se trata de una "pretensión procesal sustentada en el reconocimiento de los hechos pero distinta de aquél". *Vid.*, asimismo, SAAVEDRA GALLO, P., "El reconocimiento...", cit., pág. 872.

⁵⁶² En "El proceso penal español...", cit., págs. 243 y 244.

⁵⁶³ Según FAIRÉN GUILLÉN, V., "Las «negociaciones» y «conformidades»..." págs. 392 y 393, al referirse a la *guilty* inglesa, señala que la "*confessio*, dado su carácter religioso, surtía efectos de prueba plena, sin posibilidad de contradecirla. Se terminaba un proceso en virtud de

constituirse en medio de prueba, en aquella, continúan las investigaciones de las circunstancias del hecho y de la actuación del presunto autor (art. 406 LECrim), lo que en el reconocimiento se procura justamente evitar. A pesar de que el reconocimiento implica confesión, lo que contraría el artículo 24.2 de la Constitución Española, pues el sospechoso y el acusado tienen el derecho de no confesarse culpables, además de no tener lugar, en su pureza, en el proceso penal⁵⁶⁴. Admitida la acepción de confesión, estaríamos otorgando eficacia probatoria plena al material recogido en la fase de instrucción, incluso admitiendo una prueba producida sin las garantías del contradictorio.

El reconocimiento hecho por el sospechoso es de la situación fáctica, y no de la dimensión jurídica, tomada en la disponibilidad relativa del derecho de defensa, y no de conformidad, pues no hay petición de pena o una pretensión acusatoria deducida. Tampoco nos decantamos por considerarlo como una forma de disponibilidad sobre el objeto del proceso penal, pues valoramos el hecho como el elemento objetivo de la pretensión, una de las facetas del objeto del proceso, que es la satisfacción jurídica de las pretensiones y de las resistencias procesales, o aún de confesión, pues ésta tiene efectos jurídicos distintos de este instituto procesal.

Así, nos decantamos por la tesis de que el reconocimiento de los hechos es una manifestación discrecional y libre del ejercicio de la defensa, en su plenitud -personal y técnica-, que le autoriza la norma jurídica, sometida al

la declaración espontánea del *guilty* contando con el antiguo e imprescindible juramento -*hic sunt leones*-. Sin embargo, la legislación española no admite el juramento (art. 387 de la LECrim) y, por lo tanto, no existe confesión, sino el interrogatorio del imputado o del acusado, a apreciar por el Tribunal (art. 741 LECrim).

⁵⁶⁴ Vid. MARTÍN OSTOS, J., "La conformidad...", cit., pág. 1499.

consenso de la otra parte -acusadora-, y del órgano judicial, con la finalidad de abreviar el procedimiento investigatorio y la prestación jurisdiccional de fondo.

B) Requisitos

Los presupuestos del reconocimiento de los hechos se refieren al órgano judicial, que es el receptor de la emisión volitiva, a los acusadores, al abogado y al sospechoso, que son los agentes emisores de la declaración de voluntad, y al límite cuantitativo de la pena y a la actividad desarrollada en el tiempo, forma y lugar.

Como el reconocimiento de los hechos ocurre en la fase de diligencias previas, compete al Juez de instrucción la valoración⁵⁶⁵, aunque provisional, de la ocurrencia o no de los presupuestos que autorizan la manifestación consensual de las partes, mediante auto, debidamente motivado, en el cual deberá constar los hechos reconocidos y su traspaso al Juez de lo Penal. Deberá considerar que el consenso o la negociación entre la acusación y la defensa han ocurrido sin su presencia y que, como ha afirmado DE LA OLIVA SANTOS, la máxima de la experiencia o regla de la sana crítica induce a desconfiar siempre de las autoinculpaciones penales⁵⁶⁶. Por lo tanto, el Juez instructor no se vincula al consenso de las partes, sino lo controla.

⁵⁶⁵ Según RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 231; y SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal...*, cit., pág. 157, no hay impedimento para que este reconocimiento de los hechos ocurra ante la autoridad policial o ante el Ministerio Fiscal, con posterior ratificación ante el Juez instructor.

⁵⁶⁶ En “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9869.

El Juez habrá de tener en sus manos algún elemento o alguna circunstancia, aunque provisoria, para valorar jurídicamente, tanto los hechos como la imputación subjetiva de los mismos, haciendo un primer juicio sobre la incidencia de los presupuestos del consenso, pues tiene que establecer que hay delito y cuál es el órgano judicial competente⁵⁶⁷. De cualquier forma, presentes los presupuestos exigibles, aunque la ley se refiera a una facultad -“podrá”-, entendemos que ante la incidencia de los presupuestos legales, el Juez deberá viabilizar el consenso, aunque no esté “vinculado por la petición de las partes”⁵⁶⁸. No está vinculado a la petición de las partes porque podrá estimar que los hechos no se revisten por las diligencias llevadas a cabo hasta aquél momento, de una infracción criminal, o que la misma no sea de competencia del Juzgado de lo Penal. Aún, podrá estimar que el imputado no está tan seguro del reconocimiento de los hechos, o que padece de alguna enfermedad mental, por ejemplo.

⁵⁶⁷ Según MORENO VERDEJO, J., “La conformidad...”, cit., pág. 36, el relato de los hechos que se reconocen deberá constar específicamente en algún momento. No basta la declaración afirmativa del imputado ante el Juez, ni la aceptación genérica de los hechos recogidos en el atestado policial, sino que será preciso que las acusaciones establezcan un relato de los hechos, que se acepte dicho relato por el encartado, y que consten dichos hechos específicamente en la declaración.

⁵⁶⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9860. Según MARTÍN OSTOS, J., “La conformidad...”, cit., pág. 1499, “la redacción del precepto no deja lugar a dudas sobre el carácter potestativo de la remisión de actuaciones por parte del Juez de instrucción, si no se cumplen los requisitos legales. En todo caso, la aceptación de la solicitud de las partes producirá el fin de la investigación. Para MORENO VERDEJO, J., *Los recursos...*, cit., pág. 402, la expresión “podrá” no vincula al Juez, pues, existe la posibilidad de valorar el hecho como falta, como un hecho que no es delictivo, o con dudas sobre la imputabilidad. Por su parte, SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal...*, cit., pág. 162, opina que el Juez actúa con base en una discrecionalidad, pero conforme a la ley, para evitar indefensión e impartir la tutela judicial efectiva.

La tarea de valoración de la ocurrencia o no de los presupuestos del reconocimiento de los hechos, tanto por el Juez de instrucción, como por el Juez de lo Penal, se torna extremadamente difícil, pues el conocimiento sobre los elementos y circunstancias del hecho y bien de su autor, son fragmentarias. Posiblemente, tendrá únicamente el contenido de la *notitia criminis* y la manifestación del acusado. Por esto, de *lege ferenda*, proponemos que, antes de la valoración de los requisitos por el Juez instructor, se haga una investigación, aunque superficial, de lo ocurrido.

El consenso pasa por un segundo filtro, ante el Juez de lo Penal. Este podrá dictar sentencia en el acto, pero limitada por el consenso, en su extensión máxima, aunque pueda absolver, debido a la limitación del principio del *favor rei* y de la primacía del *status libertatis* sobre el *ius puniendi*. Este segundo control judicial implica que el Juez de lo Penal puede devolver el expediente al Juez instructor para que este continúe su actuación, como por ejemplo, cuando el hecho no es de la competencia del Juzgado de lo Penal⁵⁶⁹.

Para que el Tribunal de lo Penal dicte sentencia inmediatamente a la deducción de la pretensión, no es preceptiva la conformidad, la cual dependerá de la extensión del reconocimiento efectuado y del sustrato informativo contenido en el expediente⁵⁷⁰, sino la ratificación del acusado. Continúa el

⁵⁶⁹ Según DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 110 y 111, entre los dos juzgados no hay relación de subordinación, lo que autoriza al Juez de instrucción, ante la devolución del expediente, a plantear, por analogía, una cuestión negativa de competencia ante la Audiencia Provincial (arts 19 y 46 de la LECrim).

⁵⁷⁰ CHIRINOS RIVERA, S., “El reconocimiento de los hechos por parte del imputado”, en *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 576, señala el entendimiento en esta misma dirección, pero con fundamento en el derecho a un Juez imparcial y a la tutela efectiva del artículo 24.2 de la Constitución Española. Según VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión...”, cit., pág. 202,

órgano judicial ante una verdad formal, procesal, en estos supuestos, pues, aunque se diga que el proceso penal se encamina en dirección a la verdad material, ésta difícilmente aparecerá en tela de juicio. Por lo menos no es la regla. Por esto, hablar de una verdad consensual nos parece tan incierto y dudoso como hablar de verdad material.

El reconocimiento ha de ser un acto personal del imputado, debidamente asistido por su abogado, ante el Juez de instrucción⁵⁷¹. Por esto, el reconocimiento de los hechos de quien no tiene plena capacidad volitiva no puede ser aceptado. Si el reconocimiento ha ocurrido ante la policía, o ante el Ministerio Público, se hace necesaria la ratificación personal ante el órgano jurisdiccional.

La concordancia del Ministerio Fiscal es fundamental, pues las partes deben postular al Juez de instrucción para que se cite inmediatamente a todas las personas a juicio oral, para que formulen las pretensiones y se dicte sentencia en el acto, con reenvío del expediente al Juez de lo Penal (art. 794

el Juzgado de lo Penal únicamente podrá dictar sentencia en el acto, cuando la conformidad con la pena fuera seguida al reconocimiento de los hechos -conformidad plena-.

⁵⁷¹ Según VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión...”, cit., págs. 190 y 191, la imputación de un hecho delictivo y la comparecencia del sospechoso ante el Juez, conforme el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son presupuestos del reconocimiento de los hechos. La STC 186/1990, de 15 de noviembre, ha señalado que la “instrucción preparadora”, o diligencias previas (art. 789.2 LECrim), sirve para determinar la naturaleza y las circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado, como el órgano competente para el enjuiciamiento. En estas diligencias hay que incluir no sólo las necesarias para formular la acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el artículo 789.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Incluso, cabe la posibilidad de que el imputado, asistido por su abogado, no obstante la procedencia de la instrucción, reconozca los hechos.

LECrim). La obligatoriedad de la anuencia del fiscal es fundamental, pues es el principal titular de la pretensión acusatoria.

Hay que considerar que el reconocimiento debe ser personal, pues el imputado tiene el derecho a no declarar contra sí mismo, y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). A pesar del carácter personal del reconocimiento de los hechos, no significa que la acusación o el propio Juez de instrucción no tengan la iniciativa de solicitar la manifestación de la defensa sobre el reconocimiento o no de los hechos para efectos de su remesa inmediata al Juzgado de lo Penal.

Por lo tanto, para que el reconocimiento de los hechos produzca efectos, se hace necesaria la manifestación de voluntad en un mismo sentido, del imputado, del defensor -deberá estar presente en el interrogatorio-, del acusador -deberá solicitar, junto con la defensa, la apertura del juicio oral-, con la anuencia del Juez instructor -deberá estimarlo procedente- y del Juez de lo Penal -dicta sentencia con base en el consenso o absuelve-. Por lo tanto, dentro del género reglamentación de un juicio de oportunidad, es una modalidad de consenso.

No hay un pronunciamiento del legislador en relación a la eventual divergencia sobre el reconocimiento de los hechos, entre el imputado y su defensor. Mantenemos, aquí, el mismo razonamiento que manifestamos sobre el tema, cuando tratamos la conformidad⁵⁷², por la supremacía de la manifestación volitiva del imputado sobre la de su abogado, pues entendemos que este reconocimiento debería ser personal y porque el abogado deberá mostrar todas las posibilidades a su cliente, siguiendo la que elija⁵⁷³.

⁵⁷² Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

⁵⁷³ Según SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal...*, cit., pág. 155, la ley no prevé aquiescencia del abogado en el reconocimiento de los hechos, el cual deberá únicamente

Otra omisión del legislador ha sido respecto de la eventual participación de las demás partes acusadoras en los supuestos de reconocimiento de los hechos, y también del posible interés en el resarcimiento. Sin embargo, como se ha señalado, el principio de contradicción obliga a escucharlas, siempre que estén personadas⁵⁷⁴.

La pena privativa de libertad no puede exceder a los cinco años, pues está limitada a la competencia de los Juzgados de lo Penal. Por lo tanto, únicamente puede ocurrir en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal (arts 14.3 LECrim, y 33.3 CP)⁵⁷⁵, excluyéndose los hechos punibles que caigan bajo la competencia objetiva de la Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional. Se observa que aquí, diversamente de las demás manifestaciones de los juicios de oportunidad, el requisito objetivo de la sanción viene dictado por su previsión en abstracto y no en concreto, porque aún no hay deducción de una pretensión acusatoria que conlleve el *petitum* de pena, y porque es la pena *in abstracto* la que determina la competencia de los diversos órganos de la justicia⁵⁷⁶.

restringirse al “consejo técnico”. *Vid.*, asimismo, VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión...”, cit., pág. 196, manifiesta lo contrario, o sea, la aplicación de la regla del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos criterios estarían presentes también en los artículos 791.3 y 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁷⁴ *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 264; y FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *La reforma...*, cit., pág. 42, sobre la lagunosidad y oscuridad de las nuevas disposiciones legales.

⁵⁷⁵ Según GARBERÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.*, tomo 1, pág. 276, la ley 36/1998, de 10 de diciembre, no modificó el artículo 33 del Código Penal, lo que determina que no se sostiene más la diferencia anterior entre delitos más graves y menos graves.

⁵⁷⁶ Según GIMENO SENDRA, V., *Los procesos...*, cit., tomo 6, pág. 209, el reconocimiento de los hechos se revela útil ante la comisión de delitos flagrantes, en los que se haya practicado la detención del imputado, pues la flagrancia permitirá eludir la instrucción, y la detención posibilitará el interrogatorio del inculcado. *Vid.*, asimismo, la STS de 28 de septiembre de 1999

En cuanto a la forma del reconocimiento de los hechos, la ley no hace referencia expresa. Ante esto, puede ser admitido tanto oralmente como por escrito, aunque ocurrirá más a menudo de forma oral, pues se efectuará, como regla, en la primera comparecencia del imputado ante el Juez instructor, ocasión en que es interrogado.

El reconocimiento ocurre en la fase de las diligencias previas -fase preliminar-, cuando, el Juez instructor analiza la concurrencia de los requisitos legales. Estimando procedente la solicitud de las partes, la causa será enviada al Juez de lo Penal que convocará inmediatamente a las partes -no sólo el Ministerio Fiscal- para el juicio oral. En este acto las partes formularán sus pretensiones. Por lo tanto, en el comienzo del juicio oral las partes deberán presentar los escritos de calificación -acusación y defensa-, y el Tribunal está autorizado a dictar sentencia en el acto (art. 794 LECrim).

En relación a la institución ante quien se puede llevar a cabo el reconocimiento, ya hemos manifestado que puede ocurrir ante la policía que está investigando, ante el Ministerio Público o ante el órgano judicial. De cualquiera manera, siempre habrá de ser garantizada la ratificación ante el Juez instructor.

La citación de las partes para el juicio puede ser hecha por el Juez instructor, incluso en el servicio de Guardia. No se establece un plazo para que el Juez de lo Penal haga que las partes comparezcan. La ley determina que sea inmediatamente. Sin embargo, pensamos que debería de haber una previsión de un tiempo concreto, restrictivo de una interpretación judicial más amplia. Además, como ha señalado MURZA ESPARZA, “se abre el juicio oral sin

(RA 6631), cuando señala que la competencia entre los Juzgados de lo Penal y la Audiencia Provincial se da en atención a la pena abstracta.

existir ningún escrito de acusación, y no se regula el procedimiento de esta singular vista”⁵⁷⁷.

Nos decantamos por la posibilidad de la presentación, tras el reconocimiento de los hechos por el sospechoso, del escrito de acusación por el fiscal, en la fase persecutoria, remitiéndose posteriormente la causa al Juez de lo Penal, ya con la fecha de la comparecencia determinada, lo que evitaría nuevas convocatorias de las partes.

Además, no existe previsión legal en cuanto al tiempo en que el imputado podrá reconocer los hechos. Lo cierto es que este podrá ocurrir con anterioridad a la fase de juicio oral (art. 789.5.5 LECrim), es decir, hasta la fase de preparación del juicio oral. Así, hasta el momento de la calificación provisional podrá ocurrir esta forma de consenso. Tras la deducción de la pretensión acusatoria, el hecho está calificado y dimensionada su consecuencia penal, admitiéndose, a partir de este marco la conformidad. Este es el momento preclusivo.

¿Podrá el sospechoso, tras el reconocimiento de los hechos, arrepentirse? No hay ninguna previsión legal al respecto. Pensamos que, hasta que el Tribunal dicte sentencia, es posible que el sospechoso cambie de opinión, lo que implicaría la devolución del expediente al Juez instructor, con el retorno al *status quo ante*, para que siga el cauce procesal normal, y no una consecuente conclusión absolutoria por escaso o contradictorio material probatorio. Se trata de una declaración de conocimiento revocable⁵⁷⁸, como

⁵⁷⁷ En *Derecho...*, cit., pág. 689.

⁵⁷⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto...”, cit., pág. 9870. Según DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., pág. 119, puede suceder que el imputado consiga nuevos elementos fácticos que alteren su punto de vista jurídico, o bien niegue la veracidad del reconocimiento de los hechos y manifieste cualquier motivo invalidante del mismo, no tanto en

“proyección de su derecho constitucional a no confesarse culpable”⁵⁷⁹.

Esta declaración revocada, no puede servir de medio de prueba para una posible condena, pues el fundamento de la manifestación volitiva fue de abreviar el procedimiento y pasar luego al juicio oral, donde el hecho reconocido sería calificado y valorado por el Juez de lo Penal. Además, el derecho a no reconocerse culpable sigue en vigor, incluso pudiendo el acusado no estar conforme con la calificación jurídica que la acusación ha dado a los hechos que reconociera, o con el pedido de pena⁵⁸⁰.

Considerándose que se exige el consenso de la acusación para que se perfeccione el reconocimiento de los hechos, el Ministerio Fiscal también podrá no mantener el consenso, pues puede llegar a su conocimiento la existencia de otros hechos que no existían en el momento en que ha concordado con la

lo referente a la autenticidad de su realización, como en cuanto a las razones que lo motivaron (encubrimiento, precio por falsa pista, coartada para eludir otras responsabilidades más graves, coacciones o amenazas inmediatamente anteriores a la declaración ante el Juzgado, etc.; Por su parte, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.*, tomo 6, pág. 168, propone la apertura de la fase probatoria por el Juez de lo Penal. Asimismo, GIMENO SENDRA, V., *Derecho...*, cit., pág. 912, señala que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no confiere efectos de renuncia a la prueba sobre los hechos confesados o de prohibición de proponer y practicar pruebas en el juicio oral. También, MORENO VERDEJO, J., “La conformidad...”, cit., pág. 39, señala que el retorno a la fase anterior sólo podrá ser decretada a instancia de parte (arts. 746.6 y 747 LECrim). Es más, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 169, pone de relieve que es posible que el acusado se retracte de su voluntad conformista, debiendo ser suspendida la tramitación del proceso para que el acusado designe un nuevo abogado, bajo pena de indefensión.

⁵⁷⁹ DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*; cit., pág. 123; y VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión...”, cit., pág. 202, que admite la retractación, ante el derecho constitucional de no declararse culpable.

⁵⁸⁰ *Vid.* CHIRINOS RIVERA, S., “El reconocimiento...”, cit., pág. 576.

remesa del expediente al Juez de lo Penal. Esto puede ocurrir hasta que no presente el escrito de acusación.

No hay una fórmula específica sobre el reconocimiento de los hechos, por lo que puede ser prestado por escrito o de forma oral, con la documentación de la manifestación de voluntad, pues el expediente será remitido al Juez de lo Penal.

C) Efectos

Aunque en la práctica, debido a las lagunas legales, no sea tan utilizada⁵⁸¹ esta modalidad de consenso, hay que investigar las consecuencias jurídicas de su existencia. La primera consecuencia es la anticipación de la tutela investigadora, con el término anticipado del procedimiento investigatorio, pasándose directamente a la fase del juicio oral, con supresión de la fase intermedia, también conocida como fase de preparación del juicio oral.

El primero acto es la formulación de las pretensiones, pudiendo el órgano jurisdiccional dictar sentencia en el acto⁵⁸². Evidentemente que el

⁵⁸¹ Según MORENO VERDEJO, J., "La conformidad...", cit., págs. 31 y 35, con base a su actuación en los Juzgados de lo Penal, el escaso uso del reconocimiento de los hechos puede ser atribuido a las lagunas dejadas por el legislador. Señala también que el reconocimiento de los hechos tiene su razón de ser en los primeros momentos del procedimiento, más concretamente en la declaración del imputado que, una vez detenido, es llevado ante la presencia del Juez de Guardia.

⁵⁸² Según GIMENO SENDRA, V., "La Nueva regulación...", cit., pág. 979, la experiencia práctica está revelando que un detenido que confiese la responsabilidad criminal en el Juzgado

objetivo del sospechoso es evitar la continuación de las investigaciones, evitar la fase intermedia, dando una nueva dimensión al juicio oral, y la posible adopción de medidas cautelares, además de la obtención de una posible rebaja de la pena.

La posibilidad de dictar sentencia sin la realización del juicio oral, potencia la fase de investigación; potencia el acto inquisitivo frente el contradictorio, posibilitando una condena con prueba producida fuera del juicio oral.

¿Qué especie de pretensión formularán las partes? ¿Se trata de una pretensión acusatoria y de una resistencia procesales? Según FAIRÉN GUILLÉN, se trata de la pretensión de disponer del Derecho penal y del proceso, cuando se realice un acuerdo de conformidad⁵⁸³. Sin embargo, el consenso sobre el reconocimiento del hecho no implica aplicación de una sanción sin acusación formal, sin la deducción de una pretensión acusatoria. Por esto, tanto la acusación, como la defensa, redactarán sus escritos de calificación para que el órgano jurisdiccional pueda controlar el consenso, absolviendo o condenando. Incluso podrán proponer y practicar pruebas en el juicio oral, aunque limitadas a este acto⁵⁸⁴.

Evidentemente que la acusación y la defensa redactarán sendos escritos, pero iguales, pues resultan del consenso, del acuerdo

de Guardia puede obtener del Juez de lo Penal la sentencia en 24 horas, evitándose las molestias de permanecer durante un tiempo, siempre dilatado, sometido a una fase instructora o, lo que es peor, meses e incluso algún año en situación de prisión provisional.

⁵⁸³ En “Las «negociaciones» y «conformidades»...”, cit., pág. 391.

⁵⁸⁴ Según RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso...*, cit., pág. 237, “no hay que olvidar que como esas pruebas van a ser propuestas al comienzo del juicio oral, sólo serán admisibles las que puedan practicarse en el acto, lo que provocará una notable reducción del margen de maniobra de la acusación”.

manifestado ante el Juez de instrucción. Difícilmente habrá un cambio en la decisión del Fiscal. Lo más probable es que sea la defensa quien cambie de idea.

Este término anticipado representa una excepción a la existencia por lo menos de dos tesis enfrentadas en el proceso, para la averiguación de la verdad, y esto se aplica tanto al reconocimiento de los hechos, como a la conformidad⁵⁸⁵.

Como el sospechoso puede retractarse ante el Juez de lo Penal, debe conocer los efectos de este acto, devenidos de la no ratificación de la emisión volitiva prestada ante el Juez de instrucción. La consecuencia es el retorno al *status quo ante* al reconocimiento, esto es, la remesa del expediente al Juez de instrucción para que continúe la investigación, siempre que no haya elementos para dictar un fallo absolutorio, pues se queda sin efecto el consenso anteriormente prestado. La aceptación no podrá ser considerada como prueba en contra de la presunción de inocencia del acusado⁵⁸⁶. El Juez instructor continuará la investigación, sin estar limitado por el hecho ya reconocido.

No se aplica la regla del artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige, a pesar de la confesión de los hechos, el interrogatorio del sospechoso por el Juez instructor, para que explique las circunstancias del delito y demás elementos que puedan contribuir a comprobar su confesión, o sea, para que el Juez pueda adquirir el conocimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. En el juicio oral, las partes podrán

⁵⁸⁵ Véase ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso...*, cit., pág. 146

⁵⁸⁶ En sentido contrario, DE DIEGO DíEZ, L. A., *La conformidad...*, cit., pág. 126, se decanta por un aplazamiento de la sesión para permitir que la parte acusadora reelabore la estrategia a utilizar en el juicio oral, pues el Juez de lo Penal no es superior jerárquico del de instrucción, no pudiendo ordenarle la continuación de la instrucción.

practicar las pruebas que estimaren conveniente, incluso para comprobar, rechazar, calificar o descalificar el hecho reconocido, porque el enjuiciamiento inmediato no significa renuncia a la producción de las pruebas ni que el juzgador deba tenerlos por probados.

No tiene aplicación el artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues la naturaleza jurídica del reconocimiento de los hechos, ni tampoco sus efectos son producto de una confesión. Por esto, el Juez de instrucción, verificados los presupuestos legales, no necesita hacer las indagaciones pertinentes a la confesión.

Además del acortamiento procedimental, se produce también una reducción de la extensión investigadora, pues la policía judicial, ante el reconocimiento de los hechos, concluye el atestado y lo remite al Juez instructor, con copia al Ministerio Público. Éste, cuando la admisión se da ante él, deduce inmediatamente la pretensión acusatoria. En cualquiera de las dos situaciones, se hace necesario, según GIMENO SENDRA, a la adquisición del *status* de imputado, la apertura de las diligencias previas para la ratificación de las declaraciones ante el Juez instructor⁵⁸⁷.

La simplicidad del hecho reconocido puede propiciar el enjuiciamiento inmediato, con dispensa de la producción de prueba, y pronunciamiento de la sentencia en la primera convocatoria para la última fase del procedimiento abreviado (art. 794.2 LECrim). Con base en la admisión de los hechos, el fiscal deducirá su pretensión acusatoria, calificándolos, sin poder alterar los hechos reconocidos, que también vincularán la sentencia. Esto no significa que el Tribunal no pueda absolver o aplicar una pena menor que la postulada.

⁵⁸⁷ *Derecho...*, cit., pág. 911.

Siendo varios los imputados, aunque la ley sea omisa, el procedimiento investigador deberá seguir contra los que no reconocieran los hechos, independientemente de la identidad de los mismos o no -conexión-, con remesa del expediente al Juzgado de lo Penal con relación a los que reconocieran los hechos. Esta admisión hecha por algunos de los imputados, será de libre valoración por el Tribunal cuando juzgue a los que se negaron a reconocerlos⁵⁸⁸. Por lo tanto, nos decantamos por considerar productor de efectos el reconocimiento de los hechos con relación al que lo está reconociendo, aplicándose la misma regla cuando se imputan varios hechos a una misma persona, por los mismos motivos deducidos cuando tratamos la conformidad⁵⁸⁹.

Evidentemente que este problema no surgirá cuando, a pesar de la existencia de varios imputados, todos reconocen los hechos, o bien cuando

⁵⁸⁸ Según DE DIEGO DÍEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., págs. 108 y 109, “si en una causa sobre distintos hechos delictivos es posible separar un hecho punible y su autor respecto de los demás hechos y autores, el reconocimiento de hechos efectuado por aquel autor le vincula a él y podrá celebrarse el juicio inmediato, continuando la investigación para el resto”, no habiendo obstáculo insalvable para quien confiese de que sea enjuiciado inmediatamente y permanezcan los demás a espera de juicio. Pone como ejemplos que así ocurre cuando a alguno de los acusados sobreviniera la demencia después de cometido el delito, o fuera declarado en rebeldía. Para SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal...*, cit., pág. 156, a pesar de la unidad objetiva y subjetiva, admite la separación del reconocimiento siempre que sea posible separar un hecho punible. Sin embargo, GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional...*, cit., pág. 265, entiende que “siendo varios los imputados, el reconocimiento de hechos debe producirse por parte de todos ellos, conforme el régimen ordinario previsto originariamente por la LECrim. En caso negativo, se debe entender que no se ha producido el reconocimiento, a efectos de no dividir el objeto penal del proceso”. Admite la separación del reconocimiento de los hechos cuando haya varios hechos punibles y más de un imputado, pues “es perfectamente separable un hecho punible y su autor de los demás hechos y autores”.

⁵⁸⁹ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

nadie los reconozca o cuando se imputan diferentes hechos a distintos sospechosos.

Tampoco hay un pronunciamiento expreso del legislador con relación a la eventual responsabilidad civil del autor del hecho o de las terceras personas. Aquí, la solución, por incidencia supletoria de la regla del procedimiento ordinario, se aplican las mismas normas de la conformidad. Sin embargo, el imputado no está reconociendo una responsabilidad criminal o civil, sino el hecho. No hay cómo separar el hecho. Solamente tras la deducción de la pretensión acusatoria o indemnizatoria sería esto posible. El objetivo del reconocimiento de los hechos es pasar directamente a la fase del juicio oral, ante el consenso procedimental, y no admitir esta o aquella responsabilidad.

Eventual discordancia entre la defensa técnica y la personal debería resolverse a favor de la remesa del expediente al Juzgado de lo Penal, pues la defensa personal debería preponderar frente a la técnica, como hemos señalado para la conformidad⁵⁹⁰.

El Juez de lo Penal dictará sentencia teniendo en cuenta los hechos reconocidos, reflejados en el escrito de la acusación, pudiendo aplicar la pena que estimara procedente para los hechos reconocidos. Incluso, podrá valorar atenuantes y absolver al acusado, “en los términos en que proceda” (art. 793.3 LECrim), pues el reconocimiento de los hechos no lo vincula de forma absoluta.

Esta es la diferencia de la sentencia dictada de estricta conformidad con la pena, en la cual el Tribunal, según el legislador, queda vinculado a la petición de pena de mayor gravedad (art. 793. 3.1 LECrim).

⁵⁹⁰ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, b.

Otra laguna del legislador recae sobre la posibilidad de alguna forma de impugnación por parte de la defensa ante la no remisión del expediente al Juzgado de lo Penal, de la decisión del Juez que no estima la solicitud acordada. Un punto tan delicado como éste, como ha afirmado CHIRINOS RIVERA, requería una mención específica⁵⁹¹. Del auto del Juez de instrucción que no remite el expediente al Juzgado de lo Penal, según MORENO VERDEJO, cabrá “reforma y/o apelación, por tratarse de un auto que puede entenderse análogo al de denegación de apertura del juicio oral -contra el que cabe apelación (art. 790.7, inciso 2.º)-”⁵⁹². Pensamos que no cabe el recurso de apelación, pues se trata de una resolución interlocutoria cuya impugnación no esta prevista en ley (art. 217 LECrim), sino el de reforma. De la sentencia del Juez de lo Penal, por generar todos los efectos de las demás sentencias, cabe las formas de impugnación previstas en el ordenamiento jurídico.

Al igual que en la conformidad, el reconocimiento de los hechos no vulnera el principio de la presunción de inocencia, siempre que el sospechoso acepte voluntariamente la existencia de los hechos⁵⁹³.

⁵⁹¹ En “El reconocimiento...”, cit., pág. 574.

⁵⁹² En “La conformidad...”, cit., pág. 37. *Vid.*, asimismo, DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad...*, cit., pág. 109, cuando señala que cabe el recurso de reforma cuando el Juez instructor repele la petición de enjuiciamiento inmediato y, si no fuere estimado, el de queja contra tal decisión (art. 787.1 LECrim). Más adelante, en la página 117, opina que cuando el Juez de instrucción niega el consenso porque los hechos no son constitutivos de infracción criminal (art. 789.5.1ª LECrim), es procedente el recurso de reforma (art. 787.1 LECrim) y de apelación (art. 789.5.4ª, II, en relación con el 787.1 y 3, ambos de la LECrim).

⁵⁹³ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

TERCERA PARTE:

DERECHO

BRASILEÑO

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO GENERAL

1) PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO PENAL

En el inicio de la colonización portuguesa, estaban en vigor las *Ordenações Afonsinas*, cuya iniciativa de organización legislativa había sido del Rey D. João I, en 1404, siendo publicadas en el reinado de D. Afonso V, en 1446. Esta codificación tenía la influencia del *Corpus Juris* de Justiniano, del Derecho Canónico -principalmente del Papa Gregorio IX-, del Código Visigótico, de las Siete Partidas y, evidentemente, de las costumbres de aquella época. El Libro III era dedicado al proceso civil, y el V a los delitos, penas y proceso penal⁵⁹⁴.

En 1505, D. Manuel I determinó la revisión de la compilación legislativa, cuya obra fue terminada en 1514. Así nacieron las *Ordenações Manuelinas*. Las disposiciones criminales estaban previstas en el Libro V. Además del destaque de las funciones del Ministerio Público, la acción penal ya no se iniciaba por clamores, sino por denuncia o *querelas juradas*. Varias leyes

⁵⁹⁴ Véase DE ALMEIDA COSTA, M.J., *História do direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 276; y PIERANGELLI, J.H., *Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas*, Jalovi, São Paulo, 1983, págs. 55 y 56.

siguieron, principalmente bajo la influencia de la reforma llevada a cabo en la Universidad de Coimbra, en 1537⁵⁹⁵.

Sin embargo, estas dos codificaciones casi no fueron aplicadas en Brasil, donde predominaba el arbitrio de los colonizadores, y las denominadas *Cartas de Doação*, que regulaban la justicia local. Hasta el nombramiento de los *ouvidores gerais*, tras el fracaso del sistema de *capitanias hereditarias*, la jurisdicción fue ejercida por los donatarios portugueses fijados en Brasil⁵⁹⁶.

Felipe II de España, cuando llegó al poder -Felipe I en Portugal-, determinó la recopilación de la legislación anterior, que fue concluida en 1595 y vigoró desde 1603, ya con Felipe III, con la denominación de *Ordenações Filipinas*. El libro V, dedicado al Derecho penal y al proceso penal, admitía el tormento, la tortura, las mutilaciones, las marcas con fuego, los azotes, y otros medios crueles e inhumanos. La acusación era pública, siempre que fuese intentada por cualquier ciudadano, y particular, cuando fuese intentada por el ofendido, con la garantía del doble grado de jurisdicción⁵⁹⁷.

Varias leyes especiales fueron publicadas. Sin embargo, las cartas regias continuaban teniendo fuerza de ley. En 1832, tras la independencia brasileña, esta codificación rigió con fuerza de ley, aunque no se pueda precisar cómo fueron sido aplicadas⁵⁹⁸. Asimismo, después del primero Código Criminal

⁵⁹⁵ Véase DE ALMEIDA COSTA, M.J., *op. cit.*, págs. 281-284, y PIERANGELLI, J.H., *op. cit.*, págs. 57-61.

⁵⁹⁶ PIERANGELLI, J.H., *op. cit.*, págs. 70 y 71.

⁵⁹⁷ Véase FREDERICO MARQUES, J., *Elementos de direito processual penal*, vol. I, Bookseller, São Paulo, 1997, págs. 95 y 96, respecto de los requisitos de la acción penal y la actuación del Ministerio Fiscal en las *Ordenações Filipinas*.

⁵⁹⁸ ARAÚJO CINTRA, A.C.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; y DINAMARCO, C., *Teoria geral do processo*, Malheiros, São Paulo, 1998, pág. 105.

brasileño de 1832, las *Ordenações Filipinas* fueron una fuente supletoria de interpretación y de creación legislativa⁵⁹⁹.

En 1609 y en 1715 fueron creados los primeros Tribunales de segunda instancia en la provincia de Bahía y de Río de Janeiro, que dividieron la competencia recursal en sustitución, en la mayoría de las ciudades, a la Casa de Suplicación de Lisboa. La mayoría de los miembros encargados del enjuiciamiento se denominaban *desembargadores*⁶⁰⁰. El *ouvidor* general tenía competencia de primer grado y también para la segunda instancia. Asimismo, el *Governador Geral* -Gobierno General-, tenía competencia para procesar al Ministro de Justicia por crímenes, con recurso para la capital portuguesa. El Tribunal estuvo sin actuación, al haber sido suprimido de 1636 a 1652⁶⁰¹.

La dominación holandesa en Brasil -*nova Holanda*-, iniciada en 1630, también influyó en la justicia de aquella época, destacándose los enjuiciamientos de primer grado por órganos colegiados formados por holandeses, portugueses y nativos, la figura del Fiscal General, la existencia de un *Advocaat-Fiskaal* -Ministerio Fiscal-, y de los *Concelhos de Escabinos*

⁵⁹⁹ Según DE ALMEIDA COSTA, M.J., *op. cit.*, pág. 292, las *Ordenações Filipinas* tuvieron longa vigencia en Brasil.

⁶⁰⁰ Actualmente se denominan desembargadores los Magistrados encargados de decidir en segunda instancia. Permanece la denominación Juez o Magistrado para los de primera instancia y la de Ministro para los componentes de los Tribunales Superiores -Superior Tribunal de Justicia (STJ), y el Supremo Tribunal Federal (STF)-. En algunos Estado, el segundo grado de la jurisdicción de las infracciones criminales de menor entidad es ejercido por tres Jueces de primera instancia con relación a la jurisdicción común, acumulando la jurisdicción, en una composición denominada *Turma Recursal Criminal* (sala compuesta de tres Jueces).

⁶⁰¹ PIERANGELLI, J.H., *op. cit.*, págs. 73 y 76.

-Tribunales Municipales-. Sin embargo, la influencia de la legislación holandesa no pasó de la época de la colonización⁶⁰².

Los Jueces elegidos fueron sustituidos en 1696 por los llamados *Jueces de Fora* -originarios de fuera de la tierra donde impartían justicia-, en algunas ciudades, cuya competencia se limitaba a sustituir al *ouvidor*. Con la fuga de la Familia Real portuguesa de la invasión francesa a Portugal, en 1807, y con su instalación en territorio brasileño, se incrementó una nueva etapa judicial, principalmente en la autonomía de la justicia brasileña, con la creación de nuevos *Tribunales de Relação*, y con la elevación del *Tribunal de Relação* de Río de Janeiro a la condición de Tribunal Superior, en sustitución al de Lisboa. También, las leyes pasaron a ser creadas y editadas en territorio brasileño, incluso las criminales, que se denominaban *Alvarás*⁶⁰³.

Con la proclamación de la independencia, en 1822, mediante ley, toda la legislación adoptada por los reyes de Portugal continuó en vigor. La primera Constitución, promulgada en 1824, influenciada por los ideales liberales europeos, fue elaborada por brasileños formados en la Universidad de Coimbra. Además de estructurar el Poder Judicial, con Jueces y Jurados, de admitir la acción popular⁶⁰⁴, estableció preceptos y principios garantizadores para los acusados⁶⁰⁵. Así, sometió la detención a varios requisitos; abolió los métodos crueles de investigación y de prueba, con la adopción del principio de proporcionalidad de la pena⁶⁰⁶.

⁶⁰² PIERANGELLI, J.H., *op. cit.*, págs. 78-81.

⁶⁰³ Según DE ALMEIDA COSTA, M.J., *op. cit.*, pág. 295, la creación del derecho se centralizaba en el monarca, que manifestaba su voluntad legislativa en las *Cartas de Lei* y en los *Alvarás*. Asimismo, véase PIERANGELLI, J.H., *op. cit.*, pág. 73.

⁶⁰⁴ TOURINHO FILHO, F.C., *Processo penal*, Saraiva, São Paulo, 1997, vol. 1, pág. 447.

⁶⁰⁵ FREDERICO MARQUES, J., *op. cit.*, pág. 99.

⁶⁰⁶ FREDERICO MARQUES, J., *op. cit.*, pág. 99.

Nuevas leyes fueron sucediéndose -incluso el Código Penal del Imperio de 1830-, hasta la publicación del primer Código Procesal Criminal de 1832⁶⁰⁷ -una determinación expresa de la Constitución de 1824-, de inspiración liberal e iluminista⁶⁰⁸. Según esta primera codificación brasileña, la fase preliminar estaba encargada a los Jueces de Paz, elegidos por un año en sus respectivos distritos (arts. 9-13). Contemplaba, además de la acción pública para determinados delitos, la acción popular, la acción privada (arts. 72-74), y la acción *ex officio* (art. 138), en un proceso público (art. 58), con contradicción y escrito. Además, estaba garantizado el enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado (arts. 23-32), el doble grado jurisdiccional (arts. 292-311), y la protección de la libertad con la fianza y con el *habeas corpus* (arts. 100-113, 340-355).

Sin embargo, no se puede concebir la existencia de un Poder Judicial autónomo e independiente, ni tampoco la independencia e imparcialidad de las decisiones de los Jueces, pues estaban vinculados al poder político del emperador, quien los nombraba (art. 44). Lo mismo sucedía con el Ministerio Fiscal, en aquella época.

Con la abdicación del primer emperador, fue aprobada, en 1841, la Ley 261/41, de 3 de diciembre, bajo la influencia de una política conservadora, autoritaria y modificativa del Código Criminal del Imperio. La fase preliminar pasó a ser dirigida por la policía, que era nombrada por el gobierno (art. 1); los

⁶⁰⁷ Según ARAÚJO CINTRA, A.C.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; y DINAMARCO, C., *op. cit.*, pág. 106, este Código no aprovechó casi nada de la legislación anterior, y se ha inspirado en el modelo acusatorio inglés y en el inquisitivo francés. Incluso, se apartó de ambos, en una construcción ecléctica.

⁶⁰⁸ Véase PELLEGRINI GRINOVER, A., "Lineamenti generali del nuovo processo penale in america latina e punti di convergenza con el modelo italiano", en *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, (coordinación de CHIAVARIO, M.), Giuffrè, Milano, 1999, pág. 139.

Jueces y los Fiscales pasaron a ser nombrados y dimitidos por el Emperador (arts. 13, 22 y 24).

Posteriormente, hasta el período republicano, varias leyes trataron del proceso penal, destacándose, en 1842, la Ley 120/42, de 31 de enero, que reordenó la estructura de la policía, entre otras disposiciones procesales⁶⁰⁹; en 1871, la Ley núm. 2.033/71, de 29 de septiembre⁶¹⁰, regulada y modificada por el Decreto núm. 4.824/41, de 22 de noviembre. Hubo una reducción de la competencia de la autoridad policial (arts. 10-12), y un incremento de la actuación de los Jueces municipales (arts. 1-9, 16, 19, 64-65), con la supresión del procedimiento *ex officio* (art. 49).

Con el fin del imperio y la consecuente proclamación de la república en 1889, se organizó la Justicia Federal y se aprobó el Código Penal de 1890 que también contenía reglas de proceso penal. Varios criterios y principios procesales criminales estaban contemplados en la Constitución republicana de 1891⁶¹¹, de profunda influencia norteamericana⁶¹², destacándose la constitucionalización del *habeas corpus*, las garantías referentes a la prisión en flagrante, a la sentencia, a la amplia defensa y la quiebra de la unidad procesal,

⁶⁰⁹ Según FREDERICO MARQUES, J., *op. cit.*, pág. 101, la Ley de 3 de diciembre de 1841, reglamentada por la Ley 120/42 de 31 de enero, creó un sistema policial altamente centralizado y armó el gobierno de poderes para tornar efectiva su autoridad legal. Se pasó de una fase preliminar de responsabilidad de los Jueces de Paz, para un policialismo judicial.

⁶¹⁰ FREDERICO MARQUES, J., *op. cit.*, pág. 102, manifiesta que hubo una intervención parlamentaria que ponía de relieve que el Poder Judicial estaba siendo absorbido por el Gobierno.

⁶¹¹ TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, pág. 448, pone de relieve que la divergencia de la doctrina sobre la admisión o no de la acción popular por la Constitución Federal de 1891. Sin embargo, en 1898 y en 1915, fue legalmente admitida.

⁶¹² Véase PELLEGRINI GRINOVER, A., "Lineamenti...", cit., pág. 139.

pues cada Estado pasó a tener competencia para legislar en materia procesal y de organización judicial. Sin embargo, continuaron siendo aprobadas leyes con vigencia para todo el territorio nacional, con fundamento en la jerarquía legislativa. Las provincias más importantes tuvieron un Código Procesal Penal propio. Además, la Constitución Federal de 1891 dispuso la división de la Justicia en Federal y Estadual, mantenida en la Constitución de 1934 y en las posteriores.

Una página negra en el proceso criminal brasileño representó el Tribunal de Seguridad -1936-, creado para actuar en época de guerra. Sin embargo, se fue transformado en un órgano especial, de excepción, para juzgar a los que atentasen contra la seguridad e integridad del Estado y contra la economía popular. Sus miembros eran nombrados por el Poder Ejecutivo y las decisiones se vinculaban a la voluntad política partidista.

En 1937 fue otorgada una nueva Constitución, como consecuencia de la toma del poder político por la fuerza -Revolución de 1930-. Se restableció la unidad procesal, y se redujo la competencia del Tribunal del Jurado, lo que fue dispuesto por la Ley 167/38 de 5 de enero.

Esta Constitución impidió la continuación de un proyecto de reforma del proceso penal que estaba tramitando, cuya principal innovación era la creación del denominado *juizado de instrução*, o sea, de una fase de instrucción dirigida por un Juez instructor, con el auxilio de la policía.

El 3 de octubre de 1941, en pleno período dictatorial, fue publicado el actual Código Procesal Penal, tras un año de vigencia del Código Penal. Merecen destaque de esta nueva codificación: la conservación de la dirección de la fase preliminar a la policía, como ocurría en la época del imperio (arts. 4-23); la convivencia de la acción penal por iniciativa del Ministerio Público con la de la iniciativa particular, la condicionada a representación y la *ex officio*

para las faltas (arts. 24-62); la separación de las funciones de investigación de las de acusación; el establecimiento de una fase oral con contradicción plena, con nítida influencia de un proceso de partes; la iniciativa facultativa del Juez en la búsqueda de la verdad probatoria, adoptando el sistema de la libre convicción motivada (arts. 155-157); el establecimiento de los requisitos para la prisión en flagrante (art. 302) y para la prisión preventiva (arts. 311 y 312); la división del proceso en ordinario -común y sumario-, y especial (arts. 394-560); la previsión de un sistema de nulidades procesales (arts. 563-573); la manutención del doble grado de jurisdicción y de la revisión criminal (arts. 574-646). Además, el Código Procesal Penal de 1941 mantuvo el sistema del *habeas corpus*, incluso del preventivo (art. 647), y estableció un sistema de ejecución de las penas (arts. 668-779).

Diferentemente del rumbo que ha tomado el proceso civil, con la potenciación de la oralidad, el proceso penal mantuvo la escrituración de los actos procesales, y un sistema arcaico y defectuoso, lo que motivó a FREDERICO MARQUES a atribuirle la crisis de la justicia criminal brasileña⁶¹³. Sin embargo, la esencia de la crisis de la justicia criminal, radica en el abandono del sistema criminal, en términos de medios materiales y científicos. La fase preliminar, es dirigida por la policía, cuyos agentes viven, debido a su sueldo, en los mismos locales de la mayoría de los criminales. Además, se dice que está ligada a la corrupción y a las organizaciones criminales. Lo que se evidencia claramente es que los medios utilizados por los criminales superan, en cantidad y calidad, a los de la policía. Los fiscales no ejercen el deber constitucional de control sobre la policía y reproducen, en la acusación, las conclusiones inquisitoriales. La estructura de los Juzgados y Tribunales no comporta toda la demanda acusatoria, y los juzgadores están sometidos a una carga de trabajo deshumana. Las reformas se limitan a obedecer reclamos momentáneos y políticos partidistas, sin

⁶¹³ *Op. cit.*, pág. 108.

atacar los verdaderos problemas estructurales. Además, el sistema penitenciario no garantiza ni la posibilidad de vivir en la cárcel.

La Constitución Federal de 1946 adoptó los principios acusatorio, de la contradicción, del *due process of law*, y del Juez predeterminado. Además, restauró la soberanía del veredicto de los jurados y mantuvo el *habeas corpus*.

Sin embargo, el cambio radical en los principios del proceso penal brasileño ocurrió con la Constitución Federal de 1988⁶¹⁴, con el establecimiento de un sistema de garantías criminales y de protección de los derechos fundamentales. Destacamos la protección del derecho a la libertad con el *habeas corpus*, -para cohibir la amenaza o restricción del derecho de ir y venir- (art. 5, LXVIII); el *mandado de segurança* -para garantizar la protección frente al abuso de poder de las autoridades públicas, siempre que se pueda probar documentadamente- (art. 5, LXIX); el *mandado de injunção* -garantía de los derechos fundamentales, mismo en la ausencia de leyes específicas- (art. 5, LXXI); la admisibilidad de la prisión únicamente en flagrante, o por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente (art. 5, LXI); y el monopolio de la acción penal al Ministerio Público, con la consecuente prohibición de la acción penal *ex officio* (art. 129, I).

También, en lo que respecta al proceso, se ha potenciado la garantía de la contradicción, del *due proces of law*, de la amplia defensa (art. 5, LV, CF), el

⁶¹⁴ Según PELLEGRINI GRINOVER, A., "Lineamenti...", cit., pág. 141, tras las Constitución Federal de 1988, dos preocupaciones, aparentemente contradictorias, han informado el espíritu de las reformas del Código de Proceso Penal. De un lado, aquella relativa a la mayor importancia a las garantías individuales, derivadas de la superación del modelo autoritario instaurado en 1964. Por otro lado, aquella advenida de la necesidad de una mayor eficiencia en la represión de la criminalidad organizada y violenta, cuyos índices son alarmantes, y exigen una respuesta inmediata del Estado.

enjuiciamiento de los crímenes dolosos contra la vida por el Tribunal del Jurado (art. 5, XXXVIII, CF), el ejercicio de la jurisdicción criminal por Jueces y Tribunales (art. 5, LIII, CF), la prohibición de las pruebas ilícitas (art. 5, LVI, CF), la presunción de inocencia (art. 5, LVII, CF), el deber de fundamentación de todas las decisiones judiciales (art. 93, IX, CF). También, se introdujo el proceso sumarísimo, con la permisión de efectuar transacciones criminales, en las infracciones de menor entidad (art. 98, I, CF).

La fase preliminar se encuentra bajo la responsabilidad de la autoridad policial (arts. 144 CF, y 4 CPP), aunque no se prohíba la investigación por el Ministerio Fiscal, a quien la Constitución Federal determina el control externo de la actividad policial (art. 129, VII), lo que no está siendo observado, con la argumentación de la inexistencia de una reglamentación legal ordinaria.

Fue la Ley 9.099/95, de 26 de septiembre, en atención al postulado criminal de la necesidad del establecimiento de normas simplificadas para el tratamiento de la criminalidad de menor potencial ofensivo, y para los procesos civiles de menor complejidad, que reintrodujo profundas alteraciones en la sistemática procesal respecto de la fase preliminar y del juicio oral, principalmente en lo que atañe al principio de legalidad procesal, objeto de nuestra investigación.

Actualmente, existen dos procesos ordinarios, el común para delitos penados con reclusión⁶¹⁵ -más graves-, independientemente de la cantidad de la

⁶¹⁵ El sistema criminal establece en los tipos penales, las penas privativas de libertad -reclusión o detención-, y la de multa. Además, las penas privativas de libertad pueden ser sustituidas por sanciones restrictivas de derechos -prestación pecuniaria, pérdida de bienes y valores, prestación de servicios a la comunidad o a entidades públicas, interdicción de derechos y limitación del final de semana (arts. 32, y 43 CP). No se admite, como regla, régimen cerrado o prisión preventiva a acusados condenados por delitos penados con detención (arts. 33 CP, y 313

pena (arts. 394-405, 499-502, CPP), y el sumario, para los delitos con pena de detención -menos graves- (arts. 531-540, CPP). Coexisten un exagerado número de procesos especiales, en especial los crímenes dolosos contra la vida, de competencia del Tribunal del Jurado (arts. 406-497, CPP), el de las infracciones penales de menor entidad -crímenes con pena *in abstracto* no superior a un año de privación de libertad y faltas-, (arts. 77-83 Ley 9.099/95). Sin embargo, en los procesos especiales, una vez satisfecho el requisito procesal especializante, el cauce procesal retoma el común ordinario -conciliación entre las partes en los delitos que ofenden la honra, defensa previa a la deducción de una pretensión en los delitos de responsabilidad practicados por funcionarios públicos, examen de dependencia y saneamiento en el proceso de tóxicos, por ejemplo-.

La *notitia criminis* -como regla dirigida a la policía-, torna obligatorio el inicio del procedimiento investigatorio en las infracciones públicas. Este es coordinado por la autoridad policial, vinculada al Poder Ejecutivo, que la documenta en un expediente denominado *inquérito policial*⁶¹⁶. Una vez

CPP). Además, como regla, en los delitos penados con detención es posible la fianza (arts. 323, y 324 CPP). La falacia del legislador brasileño está en que ha establecido las penas alternativas únicamente como sustitutivas de la privación de la libertad, con requisitos abiertos, lo que posibilita una elevada dosis de subjetividad en el momento de la adecuación al caso concreto por los Jueces, y no como penas en los tipos penales. Esto, junto con la ausencia de estructuras de fiscalización del cumplimiento de las penas alternativas, torna el sistema inviable en la práctica.

⁶¹⁶ El Ministerio Público, o los Jueces y Tribunales también pueden solicitar a la autoridad policial la instauración del *inquérito policial*, siempre que tuvieren conocimiento de la existencia de un hecho con apariencia de una infracción criminal que se procesa por iniciativa oficial. El comerciante, en los delitos de quiebra, tiene el privilegio de que la investigación sea conducida por la autoridad judicial competente para el proceso de quiebra. Aún, el Código de Proceso Penal no veda que las autoridades administrativas, por fuerza de ley, también instauren un procedimiento investigatorio en determinados delitos, como ocurre con los delitos contra la

concluido, el expediente es remitido al Poder Judicial, que, en un sistema Estatal de reparto, establece la competencia jurisdiccional. Es una fase inquisitorial, sin contradicción, con la defensa limitada a la escucha del sospechoso, al final. Los derechos y las libertades fundamentales son garantizados por los Jueces o Magistrados⁶¹⁷ que tendrían la competencia para un futuro proceso criminal, también dentro de un sistema de reparto. La intervención del Ministerio Fiscal⁶¹⁸, en esta fase, se limita a solicitar a la policía que investigue.

salud, los aduaneros, los militares, y en las investigaciones llevadas a cabo por los parlamentarios, por ejemplo, en algunas hipótesis legalmente previstas.

⁶¹⁷ El acceso a la carrera judicial ocurre por oposición, organizada por el Poder Judicial de cada Estado, con la participación preceptiva del colegio de abogados, en todas las fases. Los Jueces son nombrados por un período probatorio de dos años, tras los cuales adquieren todas las garantías constitucionales: inamovilidad, irreductibilidad de sueldo y estabilidad. Un quinto de la composición de los Tribunales de segunda instancia son formados por miembros del Ministerio Fiscal y de abogados, indicados en lista de seis nombres, por los respectivos órganos de clase. Los miembros de los Tribunales Superiores son originarios de la Magistratura de carrera, de Fiscales y abogados, por indicación del Presidente de la República, aprobada por el Senado. Aquí es donde se observa la contaminación política partidaria del Poder Judicial, a tal punto de que el actual presidente se ha referido al nombramiento de uno de los Ministros del Supremo Tribunal Federal como su “representante en el STF”. La ascendencia, dentro de la carrera, ocurre por los criterios de antigüedad y méritos, de ciudades en ciudad, hasta la capital del Estado. Para el Tribunal de Justicia de la provincia ascienden los Jueces de la Capital, por mérito y antigüedad. Los Tribunales provinciales tienen independencia administrativa y financiera. El control administrativo externo es ejercido por los *Tribunales de Contas* y el interno, principalmente el disciplinario, por órganos corregidores, con recursos internos. La administración de los Tribunales es elegida por sus propios miembros.

⁶¹⁸ Los miembros del Ministerio Fiscal tienen las mismas garantías que los Jueces y Magistrados, incluso con paridad de vencimientos, y el acceso y ascendencia en la carrera se da por la misma forma de la magistratura. Los propios fiscales eligen una lista de tres nombres, para que el Gobernador del Estado escoja uno de ellos para ejercer la función de Fiscal General.

Este sistema de reparto vulnera la imparcialidad del Juez o del Tribunal, pues el mismo Juez que ha homologado la prisión en flagrante, decretado la prisión preventiva o tomado cualquier otra medida cautelar, será el competente para el juicio oral y para la sentencia. Aunque el Juez o Tribunal pueda, en cualquier momento, incluso *ex officio*, conceder la libertad al detenido, la tendencia es de mantener la prisión. Incluso, en el Tribunal del Jurado, ante Jueces legos, la acusación utiliza el argumento de la manutención de la prisión por el Magistrado-Presidente para la condena. Hay que señalar que la organización de los órganos judiciales y del sistema de reparto es de competencia de cada Estado.

La prisión en flagrante es controlada por el Juez o Tribunal, con intervención del Ministerio Público. Las demás hipótesis de prisión procesal, dependen de la provocación de la autoridad judicial, tanto por la policía, como por el Ministerio Fiscal.

El procedimiento investigativo, una vez distribuido a un Juez, pasa por el Ministerio Público. Este podrá deducir la pretensión acusatoria -*denuncia*-, solicitar nuevas diligencias a la autoridad policial, o pedir el archivo del expediente, en los supuestos de falta de indicios de autoría o de materialidad. El Juez, ante la *denuncia*, puede recibirla o no -ausencia de los requisitos formales o materiales-. También, ante la solicitud del archivo, puede aceptarla o enviar el expediente al superior jerárquico del fiscal, el cual podrá acusar, nombrar otro fiscal para hacer la acusación, o mantener el archivo.

La exclusividad del inicio de la acción penal acusatoria es del Ministerio Público. Éste, en los “delitos públicos”, no depende de la voluntad de la víctima o del ofendido para provocar la actuación de los Jueces y Tribunales; en los “delitos semipúblicos”, su actuación está condicionada a la manifestación inequívoca de la voluntad de la víctima, de sus representantes legales para actuar. Además, en los “delitos privados”, la acción depende de la iniciativa

propia de los perjudicados, representantes legales o sucesores. Por lo tanto, rige el principio *ne procedat judex ex officio*.

Recibida la acusación, el acusado es interrogado en presencia de su defensor, a quien se le concede un plazo para resistir a la pretensión acusatoria. A continuación, prestan declaración los testigos. En el ordinario, terminada la instrucción contradictoria, pública y escrita, las partes pueden pedir diligencias, y tras la presentación de las alegaciones finales, por escrito, el Juez dictará la sentencia que proceda. La diferencia en el sumario, radica en que antes de la declaración de los testigos hay una etapa saneadora del proceso, y no existe el plazo para diligencias. Además, las alegaciones finales son orales, vigorando el principio de la identidad física del Juez⁶¹⁹. Antes de ser dictada la sentencia, el Ministerio Fiscal podrá alterar la pretensión acusatoria, tanto en lo que atañe a los aspectos subjetivos, como objetivos, reanudándose el proceso *-aditamento-*.

El fiscal, por lo general, al recibir el expediente investigatorio, dentro de un cierto automatismo, acusa. El Juez, en esta misma línea utilitaria, deja de analizar la presencia o no de los requisitos viabilizadores de la pretensión acusatoria. El Ministerio Público, como regla, se limita a buscar un fundamento jurídico para deducir la pretensión acusatoria, y los Jueces, como regla, la sellan, con el silencio sepulcral de la defensa. Por esto se dice que el sistema criminal está bajo control de la policía, órgano dependiente del Poder Ejecutivo, mal pagado y sin condiciones materiales y técnicas para investigar, desde la insuficiencia humana hasta la calificación científica. Esta es la regla. Actualmente se discute, en una

⁶¹⁹ El entendimiento de los Tribunales no es uniforme en lo que atañe a la vigencia o no del principio de la identidad física del Juez en el proceso penal. Esto se debe a la práctica de sustituir las alegaciones orales por escritos, pues no hay una conciencia de la oralidad en el proceso penal. Por esto, cuando los debates son sustituidos por escritos, o cuando el Ministerio Público o el abogado simplemente hace un dictado al secretario, se considera que no se aplica el principio de la identidad física del Juez.

reforma parcial, de cuño eminentemente político, de pocas luces y centralista, el comando de la fase de investigación.

En el proceso sumarísimo, la fase preliminar de investigación no es preceptiva. Un *termo circunstanciado -noticia criminis* mejorada-, con la identificación del autor del hecho, de la víctima, de los testigos y una simple narrativa de las circunstancias fácticas, sustituye el *inquérito policial*, y deberá ser enviado inmediatamente al Juzgado competente para la infracciones de pequeña gravedad (art. 69 Ley 9.099/95). En la fase procesal es posible la composición civil extintiva de la punibilidad y la transacción criminal. No obteniendo éxito el consenso y habiendo acusación, se pasa a una segunda fase. En ésta, son renovadas las posibilidades de consenso, siempre que resultaron imposibles en la etapa anterior (arts. 74, 76, y 77 Ley 9.099/95), con añadidura del consenso sobre la suspensión condicional de proceso (art. 89 Ley 9.099/95). La inadmisión del consenso implica producción de la defensa oral y, cuando la acusación tiene viabilidad, son inquiridos los testigos, con interrogatorio del acusado, alegaciones orales y sentencia en el acto (arts. 79-82 Ley 9.099/95).

Esta nueva sistemática permite la coexistencia de Jueces legos en el proceso sumarísimo (art. 98, I, CF, y art. 60 Ley 9.099/95), aunque esto no se haya implementado en la práctica. En la infracciones de menor entidad, siempre que el autor del hecho se compromete a comparecer ante el Juez, no se le impondrá prisión en flagrante, ni si exigirá fianza (art. 69 Ley 9.099/95).

El proceso sumarísimo ha abierto nuevos horizontes en el sistema procesal criminal brasileño, pues ha potenciado la oralidad sobre la cultura de la escritura, en la medida que la pretensión, la resistencia y la sentencia son producidas oralmente, certificándose únicamente lo esencial de la declaración de los testigos. Además, la defensa técnica es ejercida antes de la viabilización de la pretensión acusatoria, y la defensa personal es el último acto de la

instrucción. También, la nueva legislación ha innovado tanto en lo que atañe a la forma de interposición de la apelación -interposición y motivación en el mismo plazo-, como a lo que respecta a la competencia para su enjuiciamiento -Sala de tres Jueces de primera instancia-.

Estos nuevos criterios, transcurridos cinco años de su normatización, aún no han sido asimilados totalmente por la policía y por los operadores jurídicos. Se ha verificado, y aún está presente, una enorme resistencia a estos nuevos criterios, motivada por la concepción de poder jurídico y político. Como no se hace más necesario la realización del *inquérito policial*, la autoridad policial entendió que le limitaban sus funciones y, por consecuencia, su poder político e institucional. La posibilidad de la terminación del proceso sin una acusación, mediante el acuerdo civil y con la transacción penal, sin el examen de la materia de fondo, ha llevado a los Jueces y Fiscales al borde del pánico, por puro utilitarismo, ya que el número de las denuncias y sentencias fueron disminuyendo considerablemente. Los abogados no estaban bien conscientes de lo que comenzó a ocurrir en los juicios e, incluso, cometían errores en la simple interposición de la apelación. Estos problemas quizás sean debido a la falta de discusión de la nueva ley en la comunidad jurídica y al corto espacio de la *vacatio legis*.

El proceso ante el Tribunal del Jurado sigue el mismo cauce del proceso ordinario, hasta el plazo de las diligencias, ante el Magistrado-Presidente. Terminada la instrucción, éste decide si están presentes los requisitos para que el acusado sea sometido a juicio por los jurados. En esta fase, el Fiscal puede tomar cuatro decisiones: determina que al acusado sea sometido al enjuiciamiento por los jurados -prueba de la materialidad y indicios suficientes de autoría-; absuelve el acusado -presencia de causas de exención de pena, o demostración inequívoca de una causa excluyente de ilicitud-; desclasifica la acusación para un delito que no sea de la competencia del Tribunal del Jurado -lesiones y no homicidio tentado, por ejemplo-; o determina el archivo por

inexistencia de indicios suficientes de autoría o no comprobación de la materialidad del delito.

A pedido de las partes, toda la prueba puede ser reproducida ante el Tribunal del Jurado, compuesto por siete jurados y el Magistrado-Presidente. En el acto, la acusación y la defensa disponen de dos horas y media para hacer sus alegaciones ante los Jueces legos. Después, los jurados, en una sala con la presencia de las partes, responden por escrito -“sí” o “no”-, por íntima convicción, las preguntas del Magistrado-Presidente -*quesitos*-. Ante el veredicto de culpabilidad, tomado por mayoría, el Magistrado-Presidente hace, en el acto, la medición de la pena, con lectura pública de la decisión.

Aunque las partes tengan la facultad de solicitar la producción de la prueba ante los jurados, en la práctica, por pura comodidad, como regla, esto no suele ocurrir. La consecuencia es que los jurados emiten su veredicto con base en las pruebas producidas ante el Magistrado-Presidente, en la fase anterior y, lo que es peor, con base en la convicción formada por la oratoria del Fiscal y del defensor. Además, las preguntas que son sometidas a los jurados obedecen a una complicada y técnica estructuración, que ni los Jueces y Tribunales la interpretan uniformemente, lo que genera una fuente inagotable de nulidades del proceso. Aún, el material de la fase preliminar, según el entendimiento mayoritario de los Tribunales, se constituye en prueba suficiente para el veredicto de los jurados.

Conviene consignar la preceptiva presencia del acusado en el proceso penal. Cuando el llamamiento no se da por edictos, el proceso puede seguir sin la presencia del acusado, pues le fue dada la oportunidad de defenderse personalmente. Ocurre que en las hipótesis de emplazamiento por edicto, siempre que el acusado no comparezca o no designe abogado defensor, el

proceso quedará suspenso, así como la prescripción⁶²⁰. Fue una innovación introducida en 1996 en el artículo 366 del Código Procesal Penal. Sin embargo, las pruebas consideradas urgentes pueden ser producidas con la presencia del abogado.

Además, a todos los acusados se les garantiza el derecho a un abogado, el privilegio de no estar preso más de 81 días sin que esté concluido el juicio oral, de no ser presumida su culpabilidad y la capacidad postulatoria en el *habeas corpus*, sin restricción del número de veces que lo utiliza, plazo o formalidad, o sea, sin cualquier especie de preclusión.

El retraso en la tramitación de la fase preliminar, del juicio oral y de los recursos, vulneran las garantías del sospechoso y del acusado, de tal modo que no serían viabilizadas sin la utilización del *habeas corpus*, denominado *remédio heróico* -medicina milagrosa-. Por otro lado, su amplia aplicación, incluso con tramitación preferente a los demás procesos, ha hecho de esta acción constitucional, un remedio para corregir todos los males procesales. Se podría decir que el derecho procesal penal brasileño, mantenida la actual estructura, no sobreviviría mucho tiempo, dentro de una concepción garantista y protectora de los derechos y de las libertades fundamentales, sin el *habeas corpus*.

En todas las decisiones criminales se garantiza el derecho a la doble instancia, con el recurso de apelación -impugnar las sentencias sobre el fondo-, el recurso en sentido estricto -impugnar las decisiones interlocutorias-, y la revisión criminal. Además, las partes disponen de una reclamación

⁶²⁰ Ante la norma constitucional que expresamente considera que no cabe fianza en la práctica del racismo, de la tortura, del tráfico de estupefaciente y de la acción de grupos armados (art. 5º, XLII-XLIV, CF), es de dudosa constitucionalidad la norma penal que determina la suspensión del plazo de prescripción, pues está añadiendo otro grupo de infracciones imprescriptibles a la previsión casuística de la Constitución Federal.

administrativa al órgano *ad quem*, para atacar el trámite tumultuario del proceso y las acciones constitucionales del *habeas corpus* y del *mandado de segurança*. A excepción del Tribunal del Jurado, todo el enjuiciamiento de primer grado se realiza por un órgano unipersonal, independientemente del delito o de la pena.

Por otro lado, todos los recursos son juzgados por un órgano colegiado, compuesto por tres magistrados. No existiendo unanimidad en la decisión de la sala, las partes podrán interponer un recurso para un grupo de salas, del mismo Tribunal Estadual, denominado Tribunal de Justicia. De la decisión del Tribunal de Justicia, las partes podrán interponer recurso ordinario al Superior Tribunal de Justicia -discusión de la cuestión de fondo-, y también, concomitantemente, un recurso extraordinario al Supremo Tribunal Federal -vulneración de una norma de la Constitución-.

La participación de los Magistrados que fallaron en el primero recurso -dos a uno-, en el recurso interno siguiente, ahora con una composición ampliada, retira la imparcialidad del juzgador, pues los Magistrados estarán abogando la manutención de sus posiciones anteriores sobre las mismas cuestiones de hecho y de derecho respecto de la misma persona, ante los demás juzgadores.

El control de la constitucionalidad de las leyes⁶²¹, en el sistema brasileño, es difuso, lo que permite a cualquier Juez, en el caso concreto, sin

⁶²¹ Según DALLARI, D., "Poder judiciário: atualidades e perspectivas", en *Boletim da AJURIS*, 1999, núm. 155, pág. 4, el Fondo Monetario Internacional exigió del Poder Ejecutivo una reforma que disminuyese el ámbito de la actuación del Poder Judicial, con el objetivo de evitar que las decisiones judiciales invalidasen las medidas del gobierno, las cuales acogen los intereses del mercado internacional. Además, señala que existe un documento técnico del Banco Mundial denominado 'El sector judicial en América Latina y en el Caribe', el cual propone la reducción de las áreas de actuación del Poder Judicial, y pone en evidencia que la reforma del Poder Judicial no puede restringirse a discusiones técnico-jurídicas, pues la

eficacia *erga omnes*, declarar la inconstitucionalidad de una ley. También hay un control *erga omnes* por parte de los Tribunales, en pretensiones específicas para este fin.

La víctima, además de la iniciativa de ejercer la acción penal en los delitos privados, deduciendo pretensiones, podrá adherirse a la acusación oficial en los “delitos públicos” y “semipúblicos” (art. 268 CPP), y deducir la pretensión acusatoria en los primeros, siempre que el Ministerio Público no acuse dentro del plazo legal (arts. 5º, LIX, CF, y 29 CP)⁶²². No se permite la acumulación de la pretensión civil en el proceso penal, aunque se pueda

cuestión es esencialmente política, calificándola de “*grande farsa*”. Véase, asimismo, ROSADO DE AGUIAR, R., “Reforma do poder judiciário”, en *Boletim da AJURIS*, 1999, núm. 152, pág. 8, que la reforma del Poder Judicial en Brasil es una cuestión de consenso en Washington. El magistrado del Superior Tribunal de Justicia señala que la reforma del Poder Judicial se encuadra dentro de las nuevas perspectivas generadas por la apertura de la economía, por la privatización, por el libre ejercicio de la actividad económica, y por la nueva economía de mercado, como necesaria para viabilizar una solución adecuada para la creciente demanda judicial. Pone de relieve que el Banco Mundial, en su relatorio de 1997 enumera las características que debe tener el Poder Judicial ya reformado: independencia frente al Poder Ejecutivo; eficacia de sus decisiones; y eficiencia de comando. Sin embargo, lo que desea es que las decisiones judiciales se adapten a sus objetivos, lo que justifica la campaña de descalificación del Poder Judicial. Pensamos que la reforma que esta en curso no ataca las imperfecciones estructurales del sistema judicial, pues el objetivo de sanear la morosidad es únicamente aparente. La motivación, no tan oculta, es de disminuir los poderes de los Jueces y Tribunales. Ya se ha logrado la aprobación de la prohibición de los Jueces y Tribunales de decidir en contra de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, cuya composición depende del nombramiento político de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En la aparente necesidad de un control externo del Poder Judicial, el proyecto no pretende un control administrativo, sino jurisdiccional por el Poder Ejecutivo y por el Legislativo.

⁶²² La pretensión acusatoria deberá ser deducida en el plazo de 5 días cuando el acusado estuviera preso o de 15 días cuando estuviera suelto, contados del recibimiento del expediente investigador (art. 46 CPP).

ejecutar la sentencia penal de condena en el juicio civil (arts. 63-68, CPP). La víctima podrá obtener, en el proceso sumarísimo, una indemnización, siempre que sea resultante de un acuerdo, extintivo de la punibilidad del autor del hecho.

Más recientemente, la Ley núm. 9.714/98, además de elevar la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad por las restrictivas de derechos, de dos para cuatro años de sanción aplicada, introdujo la prestación pecuniaria a la víctima como pena sustitutiva, a ser arbitrada por el Juez entre un mínimo de uno -13.000 pesetas-, y un máximo de trescientos y sesenta salarios mínimos, deducibles del *quantum debeatur* de una posible condena en acción de indemnización.

Vale aclarar que tanto el proceso civil como el proceso criminal brasileño se desvincularon casi totalmente de la influencia colonial portuguesa, a diferencia de los demás países sudamericanos⁶²³.

⁶²³ Según PELLEGRINI GRINOVER, A., en “Lineamenti ...”, cit., págs. 138-140, en la época de la colonización española, fue implantada su influencia de carácter inquisitorial, principalmente la contenida en las Siete Partidas. A pesar de la reforma de 1882, aún se notan los resquicios de la legislación anterior en los países colonizados, que no reformaron sus principios. Únicamente en la mitad del siglo XX es que esta mentalidad empezó a superarse, con el Código de la Provincia de Córdoba en Argentina. En Brasil, proclamada la independencia, se sucedieron varias Cartas Constitucionales y varias leyes procesales, con principios propios, desvinculados de Portugal.

2) LEGALIDAD, OPORTUNIDAD Y CONSENSO

La Constitución Federal contiene una normativa específica respecto del principio de legalidad en el Derecho Penal. Proclama que no habrá crimen sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal (art. 5º, XXXIX), y que el órgano judicial aplicará la especie y cantidad de las sanciones criminales que estén previstas en ley (art. 5º, XLI y XLVII)⁶²⁴.

Del artículo 5º, XL de la Constitución Federal se infiere que el principio de legalidad también se aplica a las medidas de seguridad, pues pone de relieve que la ley penal no se retrotraerá, excepto para beneficiar el reo.

El Código Penal brasileño de 1978, en el artículo 1 potencia la acepción formalista del principio de la reserva legal, previendo, de modo expreso, que no hay delito sin ley anterior que lo defina, y que no hay pena sin previa previsión legal. En el artículo 2º contempla la *abolitio criminis* al disponer que nadie puede ser castigado por un hecho que una ley posterior ha dejado de considerar crimen, terminando, en virtud de ella, la ejecución y los efectos penales de la sentencia condenatoria, alcanzando, incluso, la cosa juzgada.

Sin embargo, de la Constitución Federal puede extraerse también una acepción material del principio de legalidad en materia penal, o sea, de

⁶²⁴ Véase ASSIS TOLEDO, F., *Princípios básicos de direito penal*, Saraiva, São Paulo, 1994, págs. 21-29, las consecuencias del principio de legalidad; BATISTA, N., *op. cit.*, págs. 65-83, las funciones garantistas del principio de legalidad; CERNICHIARO, L.V., *Direito penal na constituição*, (con COSTA JUNIOR, P.J.), RT, São Paulo 1995, págs. 21 y 22, las funciones del principio de legalidad; y GOMES, L.F., *Penas e medidas alternativas à prisão*, RT, São Paulo, 1999, págs. 63-65, la evolución y normatización del principio.

protección de los derechos y de las libertades fundamentales. En su artículo 1, III, señala que la República Federativa brasileña es formada por la unión indisoluble de sus unidades federativas, constituyendo un Estado Democrático de Derecho, teniendo por fundamento, entre otros, la dignidad de la persona. En el artículo 5º, XLI, la norma constitucional señala que la ley castigará cualquier discriminación atentatoria de los derechos y de las libertades fundamentales. El remedio jurídico que la Constitución Federal, en su artículo 5º, LXVIII, pone a disposición de quien sufra o estuviera amenazado de sufrir violencia o coacción en su derecho de libertad, por ilegalidad o abuso de poder, es el *habeas corpus*.

Asimismo, la esencia del principio de legalidad se vincula a la división de las atribuciones entre los diversos poderes políticos del Estado. La legitimidad para la creación de leyes penales y procesales se confiere al Poder Legislativo (arts. 22, I, y 59 CF), en la limitación del poder de la acusación y del órgano jurisdiccional, tanto en la aplicación de la ley de la pena (art. 5º, XL, XLV-XLVIII, CF), como de la actuación en el proceso (art. 5º, LV, CF).

Además de las garantías penal -descripción típica-, criminal -delimitación de la sanción-, y de ejecución -cumplimiento de la pena-, el principio de legalidad también genera una importante garantía procesal, o sea, de que la satisfacción de las pretensiones y resistencias procesales ocurre únicamente en el seno de un proceso penal (art. 5º, LIII, CF).

En el sistema brasileño, la garantía menos aplicada es la de ejecución penal, pues las cárceles son verdaderos depósitos de penados. Los detenidos no están separados de los condenados definitivamente; no hay una separación de los penados por la naturaleza del delito o por la edad, según determina la norma constitucional (art. 5º, XLVIII, CF), y no son garantizados sus derechos fundamentales. Además, la condena al cumplimiento de una pena privativa de

libertad significa, como regla, la condena a una pena de muerte, pues no se garantizan las mínimas condiciones para sobrevivir.

La mayoría de los presos salen, cuando consiguen hacerlo, con toda especie de molestia, desde la tuberculosis hasta el SIDA. La consecuencia es la transmisión de estas molestias a sus familiares y para terceras personas.

Con todo, el objeto principal de nuestra investigación es la dimensión procesal del principio de legalidad o de necesidad, tras esta visión general del sentido formal y material en el Derecho penal, se hace menester delimitarlo en términos del proceso penal.

No se produjo un cuestionamiento de la doctrina sobre el binomio legalidad/oportunidad en el proceso penal, hasta la Constitución de 1988, diferentemente de lo que ha sucedido en el Derecho alemán, por ejemplo, dónde más de 60 años la doctrina le viene dedicando enorme atención⁶²⁵, a tal punto que se ha puesto de relieve que la legalidad y la oportunidad coexisten⁶²⁶. Asimismo, a partir de ella, el debate se restringe, con raras excepciones, a la dimensión de la legalidad u oportunidad del punto del vista del ejercicio de la acción penal⁶²⁷.

⁶²⁵ ARMENTA DEU, T., "Incremento...", cit., pág. 208.

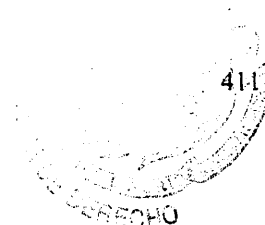
⁶²⁶ DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 445.

⁶²⁷ Según FREDERICO MARQUES, J., *op. cit.*, pág. 309, la actividad persecutoria del Ministerio Público está informada por dos principios políticos: el de legalidad y el de oportunidad. De acuerdo con el primero, es obligatorio el ejercicio de la acción penal, y conforme el segundo, el órgano acusador tiene la facultad y no el deber o la obligación jurídica de proponer la acción penal. Para SILVA JARDIM, A., *Direito processual penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1997, págs. 70 y 105, el principio de la obligatoriedad o de legalidad de la acción penal pública condenatoria, informa únicamente el ejercicio de la acción penal pública. Sin embargo, ARAÚJO CINTRA, A.C.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; y DINAMARCO, C.R.,

Compete a la policía federal o a las policías civiles de cada unidad de la federación (art. 144 CF) la investigación de las infracciones criminales. Sus órganos son obligados a iniciar la *persecutio criminis* en los “delitos públicos”, siempre que hubiere una *notitia criminis* (art. 5 CPP), una requisición del Ministerio Público o de un órgano judicial (arts. 129, VIII, CF, 47 CPP, y 41 Ley 8.265/93). Esta *notitia criminis* se conoce como *registro de ocorrência*. En los demás delitos, se hace necesaria la manifestación volitiva de la víctima, sucesores o representantes legales para que se desencadene la investigación (arts. 5, y 39 CPP)

Las autoridades públicas tienen la obligación de comunicar a la autoridad policial la práctica de una infracción criminal que tuvieren

op. cit., págs. 60 y 61, además de vincular la legalidad procesal a la obligatoriedad o indisponibilidad de la acción penal, también la vinculan al deber de la autoridad policial de investigar, constituyéndose en un principio básico del proceso penal. También, PELLEGRINI GRINOVER, A., “Lineamenti...”, cit., págs. 158 y 159, señala que en América Latina rige, sin excepción, el principio de legalidad, o de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. Subraya, además, que el nuevo proceso penal latinoamericano se ha dado cuenta de la falacia y de la hipocresía de la aplicación rigurosa del principio de la obligatoriedad, operando, en la práctica, diversos criterios de selección informales, como la no investigación de determinados delitos por la policía, el archivo por el Ministerio Público y los Jueces actúan de modo a que ocurra la prescripción. Pone como ejemplos del archivo del caso, tanto por la policía brasileña cuando los involucrados en el evento llegan a un acuerdo, como la práctica judicial de archivar el proceso cuando las partes se reconcilian en los procesos de agresiones recíprocas entre los cónyuges, y en los casos en que la pena aplicable al final resultaría inútil por la prescripción. Señala que es preferible que se atribuya a la ley la selección de los casos, bajo control jurisdiccional, de que adoptarse el principio puro de la oportunidad, en la cual la selección se realiza por la Fiscalía. El proceso en América Latina ha caminado en el sentido de la preservación de la obligatoriedad, pero mitigado por la discrecionalidad reglada. Asimismo, para TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, págs. 316 y 317, Austria, Holanda y Francia adoptaron el principio de oportunidad, lo que lleva a pensar en la relativización del principio de legalidad, en una futura legislación brasileña.



conocimiento en el ejercicio de la función pública. La omisión es castigada como una falta (art. 66 del Decreto-Ley núm. 3.688/41). Este también es un argumento utilizado para la fundamentación del principio de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal⁶²⁸.

El *inquérito policial* se constituye en un procedimiento persecutorio de carácter administrativo, inquisitorial, el cual contiene la documentación escrita de la investigación criminal llevada a cabo para determinar la práctica de un hecho con apariencia de tipicidad, de la autoría y de todas las circunstancias que envolvieron el hecho. No es preceptivo al ejercicio de la acción penal, pues ésta puede basarse en escritos de cualquiera ciudadano que contengan todos los elementos de información que caracterizan la autoría y la materialidad (art. 27 CPP). Sin embargo, cuando la acusación se basa en el *inquérito policial*, este hará parte del proceso (art. 12 CPP), lo que contamina toda la producción probatoria judicial, incluso del veredicto de los jurados.

Aunque la fase preliminar se constituya en un procedimiento persecutorio inquisitorial⁶²⁹, meramente informativo⁶³⁰, la autoridad policial, en

⁶²⁸ Véase FREDERICO MARQUES, J., *op. cit.*, pág. 310.

⁶²⁹ Según STF de 2 de septiembre de 1997 (DJU de 16 de septiembre de 1977, pág. 6.281, HC núm. 55.447), y STJ de 10 de junio de 1991 (DJU de 26 de junio de 1991, pág. 8.647, HC núm. 646) toda la investigación se desarrolla sin el principio de la contradicción (art. 5, LV, CF), exigible sólo en la fase judicial. Por esto, no es admisible una sentencia condenatoria con base en el material investigador.

⁶³⁰ STF de 9 de junio de 1978 (DJU de 16 junio de 1978, pág. 4.394, HC núm. 56.092); de 10 de septiembre de 1980 (DJU de 19 de septiembre de 1980, pág. 7.203, HC núm. 58.237); de 20 de septiembre de 1980 (de 3 de octubre de 1980, pág. 7.735, HC núm. 58.254); de 4 de marzo de 1996 (DJU de 11 de marzo de 1996, pág. 6.600, HC núm. 950050496), ha decidido que el *inquérito policial* es una pieza informativa, pues la investigación se desarrolla sin la contradicción. Así, eventuales nulidades ocurridas en esta fase no tienen reflejo en el proceso penal. Así, se concluye que el proceso penal brasileño no se inicia con la *notitia criminis*, sino

los delitos públicos, ante la *noticia criminis* o ante la determinación del Ministerio Fiscal, o de la autoridad judicial, tiene el deber de iniciar las investigaciones. El artículo 5 del Código Procesal Penal, señala que en los delitos de acción penal pública, “el *inquérito* será empezado”, y el artículo 6 del Código Procesal Penal, también de forma imperativa, señala que la autoridad policial deberá, luego que tuviera conocimiento de la práctica de una infracción criminal, actuar de acuerdo con las normas legales. Por lo tanto, la policía no puede omitirse, elegir cuál el sospechoso o cuál el hecho que investigará, pues no tiene un poder de disposición sobre la *persecutio criminis*⁶³¹.

Además, la autoridad policial no puede archivar el *inquérito*, pues tiene el deber de enviarlo a la autoridad judicial, independientemente de la especie de infracción criminal (arts. 17, y 19 CPP), terminando la investigación en 10 o en 30 días, dependiendo de la prisión o no del sospechoso (art. 10 CPP). Existe, en efecto, un control de la legalidad de su actuación que, según la Constitución, se constituye en una de las atribuciones del *parquet* (art. 129, VII)⁶³². Asimismo,

con la imputación formal del acusador, o sea, con el ejercicio de la acción penal y con la deducción de una pretensión de naturaleza criminal.

⁶³¹ Según TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, pág. 215, en las infracciones criminales cuya iniciativa es de un órgano oficial, la instauración del *inquérito* no se constituye en mera facultad de la autoridad policial, sino en un verdadero deber jurídico devenido del principio de la obligatoriedad del proceso, que tiene en el *inquérito* su fase informativa. Incluso, el incumplimiento del deber de investigar podrá tipificar el delito del artículo 319 del Código Penal: retrasar o dejar de practicar, indebidamente, acto de oficio, o practicarlo en contra a disposición expresa de ley, para satisfacer interés o sentimiento personal.

⁶³² En la práctica, este control no ocurre, pues la alegación es de falta de estructura y de la necesidad de una norma complementaria para reglar el control externo de la actividad policial. Este poder de investigación, en muchos casos se convierte en fuente de arbitrariedad y de violaciones a los derechos humanos -tortura, amenazas de testigos, selección de casos- debido a la inexistencia de límites objetivos y de frenos a la falibilidad humana. El mecanismo legal que

la autoridad policial, ante una situación de flagrante delito, deberá detener el autor del hecho (art. 301 CPP).

Por lo tanto, toda la actividad persecutoria está informada por el principio de legalidad, pues la autoridad policial tiene el deber de iniciar la investigación, de terminarla, y de enviar el expediente con sus conclusiones al Poder Judicial.

El Ministerio Público se constituye en una institución esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles (art. 127 CF), ejerciendo, con exclusividad, la acción penal en los delitos públicos (art. 129, I, CF). Además, deberá promover y fiscalizar la ejecución de la ley (art. 257 CPP). No se admite la acción penal popular, aunque a la víctima o a sus representantes legales, ante de la falta de actuación del Ministerio Público, dentro de los plazos legales -5 días para el sospechoso detenido y 15 cuando esté en libertad (art. 46 CPP)-, se les otorgue legitimidad para deducir una pretensión acusatoria. Es la denominada acción penal privada subsidiaria, de rango constitucional (arts. 5º, LIX, CF, y 46 CPP).

La Ley núm. 1079/50, de 10 de abril, admitía la acción popular en el ordenamiento jurídico brasileño en los delitos de responsabilidad practicados por el Fiscal General y por los Magistrados del Supremo Tribunal Federal. Se desconoce el ejercicio de alguna acción penal de esta índole. Sin embargo, con la Constitución Federal de 1988, a excepción de la acción penal privada y de la condicionada a representación, el ejercicio de la acción penal se constituye en exclusividad del acusador oficial⁶³³.

los interesados pueden utilizar es el recurso al Poder Judicial, con la utilización del denominado "*remédio heróico*" o *habeas corpus*.

⁶³³ CERNICHIARO, L.V., *op. cit.*, págs. 169-172, avaliza la exclusividad de la acción penal al Ministerio Fiscal y la no recepción de la acción popular por la Constitución Federal de 1988.

Recibido el expediente para que forme su *opinio delicti*, el Ministerio Público tiene tres posibilidades: a) ejercita la acción penal, deduciendo una pretensión acusatoria, materializada en una pieza denominada *denúncia* (art. 24 CPP); b) devuelve el expediente investigador a la autoridad policial para que realice nuevas diligencias (art. 16 CPP); o c) pide el archivo del *inquérito* al Juez, ejercitando una acción negativa⁶³⁴. Únicamente el Ministerio Público puede pedir el archivo del expediente policial o de cualquier pieza de información al órgano jurisdiccional. Al no poder archivar el *inquérito policial* o otras piezas de investigación, queda apartada cualquier discrecionalidad o conveniencia suya. El Juez, en lo desestimando, deberá encaminar el expediente al superior jerárquico del Ministerio Público -Fiscal General-, para que acuse o dictamine por la manutención del pedido de archivo (art. 28 CPP), pues no puede obligar al Ministerio Público a acusar, según el principio *nemo iudex ex officio*.

La manutención de la solicitud del archivo por el superior jerárquico del fiscal no representa únicamente un riesgo de alguna mitigación del principio de la indisponibilidad de la acción penal en beneficio del principio de acción, como pretenden ciertos autores⁶³⁵, sino de una hipótesis de convalidación de una actuación de acuerdo con el principio de legalidad, inatacable por el poder jurisdiccional, o por los eventuales perjudicados. Además, en tal afirmación no está explicado en qué consiste el principio de acción, pues hubo la provocación jurisdiccional. Lo que no ocurrió fue la deducción de una pretensión acusatoria, porque no estaban presentes los requisitos legales. Por lo tanto, no se trata de

⁶³⁴ Según SILVA JARDIM, A., *op. cit.*, págs. 120 y 121, en el procedimiento de archivo del proceso el Juez fiscaliza el principio de la obligatoriedad de la acción penal, produciendo una decisión anómala, pues no genera los efectos de cosa juzgada, y no hay acción, jurisdicción, ni proceso.

⁶³⁵ Véase ARAÚJO CINTRA, A.C.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; y DINAMARCO, C.R., *op. cit.*, pág. 61.

una excepción al principio de legalidad. En los delitos que afectan la economía popular o la salud pública, existe un recurso de oficio (art. 7 Ley 1.521/51). Pensamos que el órgano jurisdiccional, al remitir el expediente a un órgano *ad quem*, se torna abogado de su propia decisión e interesado en ella. De *lege ferenda*, la solución podría darse en el sentido de posibilitar a la víctima a deducir, subsidiariamente, una pretensión acusatoria.

El Ministerio Público también podrá no actuar de acuerdo con las normas legales: no acusa, no solicita diligencias, ni pide el archivo del expediente investigatorio. Ante su inercia, surge la legitimidad subsidiaria, como forma de fiscalización de la obligatoriedad de la acción penal pública. Debido al interés público preponderante, se pondrá al conocimiento del *parquet* el ejercicio de la acción, ocasión en que deberá actuar -añadir otros hechos u otros sujetos, ofrecer una pretensión sustitutiva, producir prueba, recurrir, ya sea en contra a los intereses del actor privado-, pues rige el principio de la legalidad, y la acción penal no ha perdido su esencia.

El contenido del artículo 24 del Código Procesal Penal es un imperativo informador de la obligatoriedad de la actuación del acusador oficial. Señala, expresamente que en los delitos públicos, la acción será promovida por el Ministerio Público. Por lo tanto, el *parquet* tiene el poder-deber de acusar, no pudiendo, por cualquier clase de motivación, abstenerse de ejercitar la acción penal, y de deducir la pretensión acusatoria. Además, aunque la ley únicamente se refiera a la indivisibilidad de la acción penal privada, el acusador oficial no podrá acusar a un autor y dejar de acusar a otro, ni elegir los hechos criminales, siempre que estén presentes los presupuestos legales⁶³⁶. Sin embargo, esto no

⁶³⁶ Según TORNAGHI, H.B., *Instituições de processo penal*, Saraiva, São Paulo, 1977, vol. 2, pág. 357, no se hace necesario, en la acción penal pública, un precepto expreso de la indivisibilidad de la acción, pues el Ministerio Fiscal no puede renunciar al ejercicio de la

significa que, ante la duda de quién haya cometido el delito y de cómo ocurrieron las circunstancias, el Fiscal acuse a los dos sujetos, pues la investigación le permite, en aquel momento, acusar a los dos y a describir los hechos de las dos formas, ante el principio de la legalidad. La duda del acusador beneficiará a la defensa, y, si la situación continua tras la prueba contradictoria, la única solución será la absolución⁶³⁷.

Incluso, el Código Electoral, en su artículo 342, tipifica como delito el hecho de que el Ministerio Público deje de acusar dentro del plazo legal, que es de 10 días. En la línea del Código Procesal Penal, también señala que, verificada la infracción criminal electoral, el Fiscal ofrecerá la *denúncia*.

Siempre que no estén presentes los presupuestos para la deducción de la pretensión acusatoria, el Fiscal deberá pedir el archivo del *inquérito*. Esto se infiere de la lectura de los artículos 41 y 43 del Código Procesal Penal. Así, el *parquet* deberá solicitar el archivo cuando el hecho descrito no constituya infracción criminal, cuando no hubiera indicios de autoría o prueba de la materialidad de la infracción, o ya estuviera extinta la punibilidad. El archivo no impide que la policía lleve a cabo nuevas investigaciones, siempre que tuviera conocimiento de otras pruebas (art. 18 CPP), y que el Fiscal, o un acusador privado, en consecuencia de la legalidad, deduzcan la pretensión acusatoria, ante la evidencia de nuevas pruebas. Tampoco impide la deducción de una pretensión en la jurisdicción civil (art. 67, I, CPP).

acción. Asimismo, SILVA JARDIM, A., *op. cit.*, pág. 119, señala que el Juez, ante la violación del principio de la indivisibilidad de la acción penal, aplicará el control administrativo interno previsto en el artículo 28 del Código de Proceso Penal.

⁶³⁷ Según SILVA JARDIM, A., *op. cit.*, págs. 123-125, el Ministerio Público está obligado a acusar a los dos sujetos, cuya situación la denomina *imputação alternativa*.

La deducción de una pretensión acusatoria, tras el archivo, no resulta únicamente de la verificación de nuevas pruebas sobre la autoría, o respecto de los hechos, sino en lo que atañe a cualquiera prueba con idoneidad para modificar la situación fáctica existente en el momento del archivo -demostración de la falsedad de las declaraciones anteriores, por ejemplo-. ¿Podrá la acusación hacer una nueva evaluación jurídica de la situación fáctica del momento del archivo, deduciendo la pretensión acusatoria? Ante la existencia del principio de legalidad de la acción penal, nos decantamos por admitir la acusación, siempre que están presentes los presupuestos legales⁶³⁸.

Por lo tanto, el acusador oficial no podrá, presentes los requisitos legales, dejar de acusar, archivar el expediente investigatorio, elegir el acusado o el hecho criminal y, tras el archivo del *inquérito*, deberá acusar. Su actuación está basada en la observancia del principio de legalidad.

Ejercida la acción penal, con la deducción de una pretensión acusatoria, el Ministerio Público no podrá desistir de la acción penal (art. 42 CPP), aunque pueda solicitar la absolución o la desclasificación del hecho descrito para una infracción menos grave. También, el *parquet* podrá añadir nuevos hechos, nuevos autores, a la pretensión acusatoria, lo que induce a la observancia de un nuevo contradictorio. Así, el Fiscal deberá mantener la acusación siempre que estuvieren presentes sus presupuestos. Asimismo, el Ministerio Público, tras la interposición de un recurso, no podrá desistir (art. 576 CPP).

Diferente es la situación respecto de la definición jurídica que el Juez dará en el momento de dictar sentencia. El Juez no podrá incluir nuevos hechos o circunstancias modificativas de la sanción. Esto no le impide dar al hecho descrito en la pretensión acusatoria, una nueva definición jurídica distinta de la dada por la acusación, independientemente de la pena que aplicará. En las hipótesis de la

⁶³⁸ Véase SILVA JARDIM, A., *op. cit.*, pág. 122.

posibilidad de una nueva definición jurídica, en virtud de unos hechos o circunstancias no descritos por la acusación, pero surgidos en el cauce procesal, el Juez, según la ley, deberá enviar el proceso al Fiscal para que los añada a la acusación, siempre que implique aplicación de una pena más grave de la atribuida a los hechos narrados en la pretensión, observado el contradictorio⁶³⁹. Cuando la posibilidad es de aplicación de una pena igual o más leve, el proceso es encaminado a la defensa (arts. 383, y 384 CPP). Esta posibilidad legal del Juez de remitir el proceso al Fiscal, vulnera el principio acusatorio, pues está, indirectamente, acusando. Su actuación debería restringirse a calificar los hechos descritos, condenando o absolviendo. Además, este mismo Juez que determinó el envío del proceso al acusador, para ajustar la pretensión acusatoria, fallará, con una clara vulneración del derecho a un Juez imparcial.

En el proceso de competencia del Tribunal del Jurado, el pedido de la acusación, en la fase de la instrucción contradictoria ante el Magistrado-Presidente es de que sea sometido al fallo de los Jueces legos. La decisión judicial se restringe a esto. Sin embargo, con la firmeza de esta decisión, el Ministerio Público está obligado a delimitar la pretensión que deducirá ante los Jueces legos, en una pieza denominada *libelo* (art. 416 CPP).

Esta necesidad de investigar y de acusar, en los supuestos de existencia de los requisitos legales, se aplica a los delitos públicos. El sistema criminal brasileño contempla la existencia de otras dos especies de delitos, para fines de persecución y de ejercicio de la acción penal: los denominados “delitos

⁶³⁹ Según SILVA JARDIM, A., *op. cit.*, pág. 125, teniendo en cuenta el principio de la obligatoriedad, el Ministerio Público deberá acusar, pues está obligado a deducir integralmente la imputación debida. Sin embargo, esto no le impide de pedir, posteriormente, la absolución, ni implica desistencia de la acusación anterior. En verdad, nace una nueva forma de imputación alternativa.

semipúblicos” y los “delitos privados” (art. 24 CPP). En los primeros, tras la satisfacción del requisito de procedibilidad, el Ministerio Público actuará como si el delito fuese “público”, no pudiendo haber retractación de la manifestación volitiva del interesado, tras la deducción de la pretensión acusatoria (art. 25 CPP).

En los “delitos privados” -ofensivos al honor o de daño patrimonial, por ejemplo-, además de la existencia de un plazo de caducidad de 6 meses, como ocurre con la representación en los “delitos semipúblicos”, el *parquet* podrá añadir otros hechos o otros acusados, pues vigora el principio de la indivisibilidad de la acción penal (arts. 45, y 48 CPP). Sin embargo, podrá ocurrir la renuncia al derecho de acusar (art. 49 CPP), y el perdón, tras la deducción de la pretensión acusatoria (art. 51 CPP). Por lo tanto, en los delitos privados existe una disponibilidad de la parte acusadora sobre el inicio y desarrollo del proceso penal, lo que se observa también con relación a los “delitos semipúblicos” en lo que atañe al requisito de procedibilidad⁶⁴⁰. Además, en los delitos privados, el actor puede ser penalizado procesadamente, con la extinción del proceso, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se desinteresa, bien no postulando expresamente la condena, o bien no practicando los actos procesales para su regular desarrollo (art. 60 CPP).

En los “delitos semipúblicos”, en los cuales la investigación y el ejercicio de la acción penal está condicionada a una manifestación de la víctima o de sus representantes legales, la obligatoriedad empieza con la denominada

⁶⁴⁰ Según SILVA JARDIM, A., *op. cit.*, pág. 118, en los delitos privados, por regir el principio de oportunidad, el legislador ha establecido, expresamente, la indivisibilidad de la acción penal (art. 48 CPP).

*representación*⁶⁴¹, o con la requisición del Ministro de la Justicia. La autoridad policial y el Ministerio Público sólo están obligados a investigar y a ejercer la acción penal tras esta representación o requisición, que son irretractables hasta el ofrecimiento de la acusación formal por el Ministerio Público (art. 25 CPP). Así, implementada esta condición de procedibilidad, la autoridad policial y también el Ministerio Público deben actuar como si un delito público hubiese sido practicado⁶⁴².

En los “delitos privados”, la autoridad policial sólo está obligada a investigar ante un pedido del legitimado para deducir la pretensión penal, que se denomina *queixa-crime*. En los “delitos privados”, el actor se denomina *querelante*, y la parte pasiva, *querelado*. Al Ministerio Público, sólo se le da conocimiento de la existencia de una pretensión penal privada, aunque tenga el deber de defender su indivisibilidad, esto es, el actor no puede acusar un sujeto y dejar fuera de la acusación a otro sujeto (art. 48 CPP)⁶⁴³. En estos delitos, es

⁶⁴¹ Según STF de 28 de octubre de 1996 (*DJU* de 6 de septiembre de 1996, *HC* núm. 73.837-1), se considera existente la representación con la manifestación inequívoca de la voluntad de procesar al autor del hecho, ante la autoridad policial, al Ministerio Público, o ante el Juez. Además, la autoridad policial no puede iniciar las investigaciones sin la implementación de esta condición de procedibilidad.

⁶⁴² Según ARAÚJO CINTRA, A.C.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; y DINAMARCO, C.R., *op. cit.*, págs. 61 y 62, se trata de una limitación al principio de la obligatoriedad de la acción penal. Añaden también como limitación del principio de obligatoriedad el acuerdo civil prohibitivo de la acción penal, la transacción penal y la suspensión condicional del proceso. Subrayan que estas limitaciones no derogaron el principio de obligatoriedad de la acción penal.

⁶⁴³ STF de 5 de diciembre de 1995 (*DJU* de 15 de marzo de 1996, pág. 7.202, *HC* núm. 71.538), señala que su jurisprudencia consagra la orientación de que el principio de la indivisibilidad no se aplica a la acción penal pública, pudiendo el Ministerio Público, como *dominus litis*, aditar la *denúncia* -imputación formal inicial en los delitos públicos o semipúblicos-, hasta la decisión final, para incluir nuevos acusados, o aún, ofrecer nueva *denúncia*, a cualquier tiempo.

posible la renuncia (art. 49 CPP), y el perdón (art. 51 CPP)⁶⁴⁴.

La renuncia, que puede ser expresa o tácita, se constituye en un acto unilateral del ofendido, manifestado antes del ejercicio de la acción penal, cuyo efecto es impedir la deducción de una pretensión acusatoria. El perdón del ofendido, por otro lado, es un acto bilateral, impeditivo del seguimiento y extintivo del proceso. Además, puede ser prestado hasta la firmeza de la sentencia.

La acción penal pública puede ser ejercitada mientras no haya ocurrido la prescripción *in abstracto* del delito. Todavía, la representación y la acción penal privada están sujetas a un plazo de caducidad de seis meses desde la fecha en que el interesado tuvo conocimiento de quién es el autor del hecho con apariencia de infracción criminal (art. 38 CPP).

Por lo tanto, aunque la norma constitucional no se refiera expresamente sobre el principio de legalidad en la actuación del Ministerio Público, de su atribución constitucional de defensa del orden jurídico se infiere la obligatoriedad de provocar la actuación de los Jueces y Tribunales, deduciendo la pretensión acusatoria en los “delitos públicos” o “semipúblicos”, satisfechos los requisitos legales. También, por lo que ya señalamos, de una interpretación sistemática del Código Procesal Penal, se infiere que el *parquet* está obligado a ejercitar la acción penal pública, deduciendo la pretensión acusatoria, siempre que estuvieren presentes los requisitos legales.

⁶⁴⁴ Este perdón se distingue del perdón que el Juez puede conceder, a pesar de la prueba de la práctica de un ilícito penal, cuando deja de aplicar una pena debido a determinadas circunstancias que, por sí solas, se constituyen en sanción suficiente. Esto está previsto en los supuestos de homicidio y de lesiones imprudentes (arts. 129, § 6º, y 121, § 5º, CP).

Toda la función jurisdiccional ocurre dentro de la estricta legalidad. Presentes los requisitos legales, el Juez deberá recibir la pretensión acusatoria y darle viabilidad (art. 43 CPP), determinando la práctica de la prueba pedida por las partes (art. 156 CPP), absolviendo (art. 386 CPP) o condenando a una pena prevista para el tipo penal (art. 387, III, CPP), con la posibilidad de sustituir la privación de libertad por una de las penas alternativas establecidas en ley, pero, obedecidos sus presupuestos (art. 44 CP).

El remedio jurídico utilizado para determinar el cese de las investigaciones, o del seguimiento de una acción penal, en los supuestos de un hecho atípico, es el denominado *habeas corpus*, que se constituye en una verdadera acción constitucional de garantía (art. 5º, LXVIII, CF).

Por lo tanto, de estas disposiciones legales se infiere que, tratándose de “delito público”, rige, en el sistema brasileño, el principio de legalidad, en los mismos moldes del derecho español. Sin embargo, la reforma constitucional de 1988 permitió que en las infracciones de menor potencial ofensivo, en la hipótesis previstas en la ley, fuese posibilitada la transacción criminal (art. 98, I, CF). La Ley 9.099/95 conceptuó las infracciones de menor potencial ofensivo, delimitando la posibilidad de acuerdo en el seno del proceso penal, introduciendo la posibilidad de transaccionar, incluso, sobre la continuación o no del proceso, además de otorgar efectos impeditivos de la deducción de una pretensión penal al acuerdo civil.

Sin embargo, el poder de transaccionar sobre la deducción o no de una pretensión acusatoria común, de negociar o no la suspensión condicional del proceso, está limitado a los presupuestos fácticos y jurídicos legales. El Ministerio Público no puede, *sponte suam*, decidir si acusa o no, si transacciona o no sobre la pena, o si pide o no la suspensión del proceso. Por lo tanto, no ha

sido introducido en el derecho brasileño el principio de oportunidad; lo que existe es una normatización de un cierto poder de disponibilidad sobre la especie de pretensión a ser deducida y sobre la continuación o no del proceso⁶⁴⁵. Podríamos decir que rige la “oportunidad reglada” en forma de consenso, pues siempre se hará necesaria la aceptación del autor del hecho y de su defensor. Respecto a los “delitos semipúblicos” y a los “delitos privados”, tiene aplicación lo que hemos señalado al derecho español.

Estas posibilidades de consenso no vulneran la Constitución, pues ella misma autoriza el legislador ordinario a reglar la transacción criminal, como hemos hecho referencia. Continúa vigorando el principio de legalidad y la incompatibilidad del sistema brasileño con el principio de oportunidad.

Además, la Ley 9.099/95 ha introducido un nuevo proceso criminal para las infracciones de menor entidad, caracterizado por la oralidad, por la concentración de la audiencia en un único acto procesal, con la defensa previa a la acusación, el interrogatorio como último acto de la instrucción. Aún, ha introducido otra causa de renuncia del ejercicio de la representación o de la

⁶⁴⁵ Según ARAÚJO CINTRA, A.C.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; y DINAMARCO, C.R., *op. cit.*, pág. 61, se trata de una discrecionalidad regulada por la ley, por lo menos con relación a las infracciones de menor potencial ofensivo. Añaden que los Jueces de São Paulo ya admitían el archivo del expediente investigador, a pedido de los fiscales, en los supuestos de lesiones corporales leves entre cónyuges que estuviesen conviviendo normalmente en el hogar. Según PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados especiais criminais*, RT, São Paulo, 1999, pág. 95, aunque se refieran erróneamente al derecho alemán, señalan que siendo el principio de obligatoriedad y de la indisponibilidad propios de la tradición jurídica brasileña, la ley ha preferido seguir los modelos como el italiano o el portugués, en que, en casos legalmente previstos, se abre un espacio a la autonomía de la voluntad, siempre bajo control judicial. No se trata de la oportunidad pura, en la cual el establecimiento del acuerdo se queda en la esfera exclusiva del acusador, siendo suficiente la concordancia de la parte contraria.

propia acción penal privada: la composición de los daños de naturaleza civil, ante el Juez criminal (art. 74). También, la autoridad policial no está obligada a investigar estas infracciones, restringiéndose a hacer una constatación fáctica superficial de la *notitia criminis* y enviarla al Poder Judicial *-termo circunstanciado-*⁶⁴⁶. Aún, los delitos de lesiones leves dolosas y las imprudentes, originadas del tráfico de automóviles, se convirtieron en “delitos semipúblicos” (art. 88).

En términos de política criminal⁶⁴⁷, el legislador brasileño venía adoptando la filosofía de que el problema de la criminalidad se resolvía con leyes severas. En este sentido, en el año de 1990, con la Ley 8.072/90, de 25 de julio, mostró su total falta de técnica legislativa y ausencia de conocimiento del propio ordenamiento jurídico, con una ley de represión a los denominados *delitos hediondos* -homicidio, extorsión, tráfico de drogas, por ejemplo-, incompatibilizándola con el principio de proporcionalidad en lo que atañe al régimen de cumplimiento de la pena y a la prisión como requisito para apelar en los delitos de tráfico de drogas. Si no bastase el fracaso de su política criminal, incluso penitenciaria, en 1995, con la Ley 9.034/95, de 3 de mayo -ley de combate a las bandas criminales-, convirtió el Juez de mérito en un investigador, en guardián del secreto de la fase preliminar, en una ignorancia total del sistema criminal.

Posteriormente, a partir de 1995, el legislador fue potenciando la posibilidad de la transacción penal y de la suspensión condicional del proceso.

⁶⁴⁶ Véase en VITÚ, A., “Los rasgos...”, cit., pág. 451, que en el sistema francés la fase preparatoria del proceso penal existe prácticamente sólo en los delitos graves -pena de 5 a 20 años de reclusión-, siendo suficiente, como regla, en los demás, una breve instrucción de la policía o de la gendarmería, o incluso, la simple redacción de un acta, pasándose inmediatamente a la fase del juicio.

⁶⁴⁷ Véase GOMES, L.F., *Suspensão condicional do processo*, RT, São Paulo, 1997, pág. 93, la política criminal represiva brasileña en los últimos años.

La Ley 9.053/97, de 23 de septiembre, al introducir un nuevo Código de Tráfico -aspectos administrativos, penales y procesales-, determinó la aplicación a este nuevo cuerpo legal, lo dispuesto en la Ley 9.099/95. Sin embargo, en el párrafo único, de forma casuística, determinó la aplicación de la composición civil, de la transacción criminal y de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 9.099/95, a las lesiones imprudentes, a la embriaguez al volante y a la participación en competición automovilística no autorizada⁶⁴⁸. También, la Ley 9.605/98 -ley de los delitos ambientales-, admitió la aplicación de la transacción criminal y la suspensión condicional del proceso (arts. 27, y 28), alargando el concepto de infracción penal ambiental de menor potencial ofensivo, como veremos más adelante.

Sin embargo, la Ley 9.839/99, de 27 de septiembre, de forma expresa, prohibió la aplicación de los institutos despenalizantes en el ámbito de la Justicia Militar, representando un retraso y un tratamiento desigual a los acusados por infracciones de menor entidad. Asimismo, esta ley, más gravosa al acusado, únicamente se aplica a los hechos cometidos a partir de su vigencia, pues la ley 9.099/95 no los excluía⁶⁴⁹. Entendemos que en los delitos militares

⁶⁴⁸ Una de las polémicas radica respecto a quién tiene legitimación para satisfacer el requisito de procedibilidad en los dos últimos delitos. Nos decantamos por entender que se aplica el *caput* del artículo 291, que remite a la Ley 9.099/95 en lo que es posible, o sea, estos dos últimos delitos continúan siendo públicos, so pena de descriminalización.

⁶⁴⁹ Véase STF 14 de marzo de 2000 (*DJU* de 31 de marzo de 2000, *HC* núm. 79.984-1), y de 28 de marzo de 2000 (*DJU* de 28 de abril de 2000, pág. 195, *HC* núm. 79.988-4) cuando señala que “a Ley 9.839/90 (*lex gravior*) -que torna inaplicable a la Justicia Militar la Ley 9.099/95 (*lex mitior*)-, no alcanza, a lo que se refiere a los institutos de Derecho material, los delitos militares practicados antes de su vigencia, aunque el *inquérito policial* militar o el proceso penal sean iniciados a la postre”. El entendimiento del STF era de que la Ley 9.099/95 se aplicaba a la Justicia Militar, diferentemente del STM que no la admitía. Asimismo véase STJ de 27 de octubre de 1999 (*Informativo do STJ* núm. 38/99, *Rec.Esp.* núm. 172.085), cuando decidió que no hay como reformar una sentencia firme que aplicó la Ley 9.099/95 a la Justicia

impropios, continua teniendo aplicación los institutos despenalizadores, so pena de ocurrir un tratamiento desigual al mismo hecho, en virtud del lugar de su realización.

El legislador, dentro de lo que suele ocurrir, no fue claro, pues la Justicia Militar juzga los delitos típicamente militares -afectos a la jerarquía, disciplina y seguridad, por ejemplo-, y los impropios -ordinarios, también definidos en el Código Penal común, practicados por militares-. Una interpretación literal excluye todos los institutos de la Ley 9.099/95 de la Justicia Militar. Todavía, la especialidad se refiere únicamente a los delitos militares propios, asimismo, practicados a partir de la nueva ley. Además, la transacción criminal y la composición civil no se aplicarían, ante la existencia de un proceso especial, al contrario de la suspensión condicional del proceso. Lo mejor sería retirar del Código Penal militar los delitos impropios, pues ya están previstos en el Código Penal común, pasándolos para la competencia de la Justicia común, como el legislador ya ha hecho con los delitos dolosos, tentados o consumados contra la vida.

En la legislación de menores, antes de iniciarse la fase judicial para establecer el acto infraccional y su sanción, el Ministerio Público podrá conceder al menor la remisión, condicionada o incondicional, como forma impeditiva del proceso, atendiendo la personalidad del autor, las circunstancias y consecuencias del hecho, bien como el contexto social (arts. 126, § único, y 180, II, Ley 8.069/90). El control judicial de la remisión podrá ocurrir de oficio, pues el Juez, podrá revisarla, o mediante pedido del menor o del Fiscal (arts. 127, y 181 Ley 8.069/90). Tras el inicio del proceso, esta medida alternativa podrá ser concedida por el Juez, como forma de suspensión o extinción del proceso. (arts. 126, § único, y 188 Ley 8.069/90). Las condiciones impuestas se

Militar, pues la Ley posterior es más gravosa. Véase, también, STJ de 4 de noviembre de 1999 (*DJU* de 6 de diciembre de 1999, *Rec.Esp.* núm. 142.738).

recogerán entre las medidas protectoras previstas en la propia ley especial, excepto las restrictivas de libertad.

La enmienda constitucional núm. 22/99 añadió un párrafo al artículo 98 de la Constitución Federal, determinando que la Unión también crease los Juzgados Especiales Criminales en el ámbito de la Justicia Federal para viabilizar la Ley 9.099/95, pues se consideraba que no se aplicaban los mecanismos de la Ley 9.099/95 en la Justicia Federal pues la Constitución Federal enunciaba que la Unión crearía los referidos juzgados en el Distrito Federal -unidad federativa donde está instalada la Capital de la República-, y en los territorios, lo que fue acogido en el artículo 1 de la legislación ordinaria. Sin embargo, la aplicación de los institutos despenalizadores son independientes de la existencia de una ley federal creadora de los referidos juzgados.

No todas las unidades federativas crearon, por ley, como determina la Constitución Federal, los referidos juzgados. En algunas de ellas, la creación ocurrió por acto administrativo del Tribunal, en evidente afronta a la Carta Mayor.

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE CONSENSO

Todos los mecanismos de consenso fueron introducidos en la legislación criminal brasileña por la Constitución de 1988, y por el legislador ordinario de 1995. Hasta entonces, no se admitía cualquier especie de negociación en el proceso penal, ya fuera de naturaleza civil, criminal o procesal, pues regía el principio de legalidad en su puridad.

La norma constitucional permitió la transacción, de un modo genérico, incluyendo la civil y criminal, en las infracciones criminales de menor potencial ofensivo. Sin embargo, transcurridos seis años de vigencia de la Constitución Federal, el legislador ordinario delimitó la incidencia del acuerdo civil en el seno del proceso criminal, la aplicación de una pena alternativa o negociada, y la suspensión del proceso penal, a través de la Ley 9.099/95, de 26 de septiembre.

En efecto, el legislador ordinario no se limitó a establecer lo que constituye una infracción de menor entidad, sino que reglamentó un nuevo proceso penal para estas infracciones, denominado *sumaríssimo*, y creó un microsistema dentro del ordenamiento jurídico brasileño, aunque no totalmente independiente, pues se aplican subsidiariamente las normas del Código Penal y del Código de Proceso Penal.

La nota característica de estos mecanismos es la potenciación del consenso en el proceso penal y la evitabilidad del encarcelamiento, incluso provisional, pues basta la declaración del sospechoso de que atenderá a los

llamamientos judiciales para que no se haga la detención en flagrante o se decrete otras especies de prisión procesales.

Hasta la Ley 9.099/95, la autoridad policial hacía una verdadera selección en las infracciones que serían investigadas, ante la falta de estructura material y humana, lo que imposibilitaba, y aún imposibilita, una actuación global. Esta selección fáctica, al margen de la legalidad, incluía una especie de acuerdo entre los implicados, no siempre con la transparencia exigida a los que ejercen la función pública. La nueva ley produjo un impacto en las costumbres policiales, en la mentalidad acusatoria y sentenciadora. Centenas de millares de *inquéritos* sin conclusión y de *notitias criminis*, de la noche al día, fueron remitidos al Poder Judicial, que no soportó ni el trabajo de reparto, también por la falta de una estructura adecuada.

1) LA TRANSACCIÓN PENAL

A) Antecedentes

Del *punto de vista del derecho extranjero*, es innegable la influencia del Derecho italiano, fácilmente constatable por la integración de PELLEGRINI GRINOVER, profunda conocedora de este sistema, al proyecto de introducción de los mecanismos de consenso en el ordenamiento jurídico brasileño. Ya se ha dicho que el *patteggiamento* italiano es hijo del *plea bargaining*. En consecuencia, la transacción criminal brasileña es hija del *patteggiamento*

italiano, nieta de la *plea bargaining*⁶⁵⁰. Sin embargo, deben ser observadas las debidas diferencias, tanto en lo que atañe a los límites del acuerdo, como a la actividad de los operadores jurídicos, y de las consecuencias devenidas de la negociación.

La posibilidad del acuerdo en el proceso penal italiano existe desde la Ley 689/81, de 24 de noviembre, acogido y ampliado en el actual artículo 444 del Código de Proceso Penal de 1988. Las partes, mediante consenso, pueden pedir al Juez la aplicación de una pena sustitutiva, o bien la pena que esté prevista para el tipo penal, que disminuida hasta un tercio, no supere a los dos años, sólo o en conjunto con la multa⁶⁵¹, hasta la apertura de la fase final de la

⁶⁵⁰ Según CHIAVARIO, M., “I procedimenti speciali”, en *Il codice di procedura penale, esperienze, valutazioni, prospettive*, (con PISAPIA, G.D.; DE LUCA, G.; SIRACUSANO, D.; TRANCHINA, G.; SCAPARONE, M.; MASSA, M.; TAORMINA, C.; y GIARDIA, A.), Giuffrè, Milano, 1994, pág. 90, habría miles de razones, históricas y actuales para no introducir el instituto del *plea guilty* en el ordenamiento jurídico italiano, pero ahora no se puede pensar en paralelismos a medias. Asimismo, véase VIGONI, D., “L’applicazione della pena su richiesta delle parti”, en *I procedimenti speciali in materia penale*, (coordinación de PISANI, M.), Giuffrè, Milano, 1997 págs. 118-123, la influencia del *plea bargaining*, y del *nolo contendere* en los trabajos legislativos de la reforma procesal penal italiana.

⁶⁵¹ “Art. 444. Aplicación de la pena a pedido de las partes. - 1. El imputado y el Ministerio Público pueden solicitar al Juez la aplicación, en la especie y cantidad indicada, de una sanción sustitutiva o de una pena pecuniaria, disminuida hasta un tercio, o sea, de una pena cuando ésta, consideradas las circunstancias y disminuida hasta un tercio, no supera dos años de reclusión o de arresto, sola o en conjunto con la pena de multa. 2... 3....” Según DALIA, A.A.; y FERRAIOLI, M., *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 2000, págs. 655 y 656, la modalidad de *richiesta* es diferente de la modalidad de consenso. En la fase preliminar *-indagini preliminari-*, el sospechoso puede solicitar al Fiscal *-Magistrato del Pubblico Ministero-*, la definición del proceso, con la finalidad de obtener el consenso, o hacer el pedido directamente al Juez que actúa en esta fase, poniendo al conocimiento del Fiscal para que se manifieste sobre la solicitud. El acuerdo también puede ser manifestado tras las conclusiones de la fase preliminar.

presentación de los debates (art. 446)⁶⁵² -*applicazione di pena su richiesta o patteggiamento*-. El pedido, puede evitar tanto la continuación de la investigación (art. 447)⁶⁵³, como la fase final de los debates, y un eventual recurso, pues, habiendo consenso, la sentencia no comporta apelación. Además, puede no generar efectos de índole civil o administrativo, dejando de producir los efectos criminales después de cinco años de la fecha de la práctica del delito, o de dos años cuando fuera una falta, aunque se compare a una sentencia de condena⁶⁵⁴.

⁶⁵² “Art. 446. Pedido de aplicación de una pena y consenso. – 1. Las partes pueden solicitar lo previsto en el artículo 444. 1. hasta la declaración de apertura de los debates de primer grado (art. 492). 2. El pedido y el consenso son formulados oralmente en la audiencia (art. 141); en los demás casos es formulado por escrito. 3. La voluntad del imputado se expresa personalmente o por medio de abogado con poderes especiales (art. 122) y la firma (art. 110) es legalizada en la forma prevista en el artículo 583, 3 (art. 39). 4. El consenso puede ser prestado hasta la declaración de apertura de los debates de primer grado, tras una negativa anterior. 5. El Juez, si estima oportuno verificar la voluntariedad del pedido o del consenso, puede convocar al imputado a juicio. 6. El Ministerio Público, en el caso de disenso, debe enunciar las razones (art. 448)”.

⁶⁵³ “Art. 447. Pedido de aplicación de la pena en el trámite de la fase preliminar. – 1. En el curso de la fase preliminar, el Juez, si es presentado un pedido conjunto o uno con la concordancia por escrito de la parte adversa, fija, en el mismo pedido, una audiencia para decidir, señalando, si necesario, un plazo para el solicitante para que emplace a la otra parte. Por lo menos tres días antes de la audiencia, el expediente del Ministerio Público debe estar depositado en la secretaría judicial. 2. En la audiencia, el Ministerio Público y el abogado defensor serán oídos, cuando comparezcan ante el Juez. 3. Si el pedido es presentado por una parte, el Juez fija un plazo a la otra parte para que se manifieste sobre la anuencia o no al pedido. Antes del término del plazo no se permite la revocación o la modificación del consenso, procediéndose, en caso de consenso, de acuerdo con él .1”.

⁶⁵⁴ “Art. 445. Efectos de la aplicación de la pena a pedido de las partes. - 1. La sentencia prevista en el artículo 444. 2, no comporta la condena en el pago de las costas procesales, ni la aplicación de una pena accesoria y de medida de seguridad, excepto la confiscación en los casos previstos en el artículo 240. 2, del Código Penal. Aún, cuando ha sido dictada tras el término de los debates, la sentencia no tiene eficacia en el juicio civil o administrativo. Salvo una

Además, cuando el Juez estima correcta la calificación jurídica del hecho y están presentes los presupuestos legales, dicta la sentencia, aplicando la sanción solicitada o la consensual. Por lo tanto, el Juez puede desestimar el acuerdo (art. 444.2)⁶⁵⁵. Aún, la parte puede subordinar la eficacia de la solicitud a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En estos casos, el Juez debe desestimar el pedido cuando la suspensión no puede ser concedida (art. 444.3)⁶⁵⁶.

disposición legal contraria, la sentencia se equipara a una condena. 2. La infracción criminal se extingue si tras los cinco años del delito o de dos años de una falta, el acusado no comete un nuevo delito o una falta de la misma especie. En este caso se extinguen todos los efectos criminales, y si fue aplicada una multa o una sanción sustitutiva, su aplicación no sirve de obstáculo a la concesión de una sucesiva suspensión condicional de la pena”. Véase MACCHIA, A., *Il patteggiamento*, (coordinación de CONSO, G.; y de GREVI, V.), Giuffrè, Milano, 1992, pág. 49, la divergencia doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la sentencia: de condena, de absolución, o constitutiva. Según RICCIO, G., “Procedimenti speciali”, en *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1999, pág. 510 la aplicación de la pena a pedido de las partes -*giustizia contrattata*-, en la práctica se conoce como *patteggiamento*, y en la doctrina, como *patteggiamento* sobre la pena o sobre el fondo, en contraposición con el proceso abreviado, calificado como *patteggiamento* sobre el proceso. Según VIGONI, D., “L’applicazione...”, cit., pág. 111, el *patteggiamento* constituye una propuesta de definición del juicio -efectos procesales-, y del contenido de la sentencia -efectos materiales-.

⁶⁵⁵ “Art. 444. 2. En los casos en que no debe ser dictada sentencia de absolución según el art. 129, el Juez, con base en el contenido de los actos, cuando estima correcta la calificación jurídica de los hechos y con la presencia de los requisitos legales, dicta sentencia, aplicando la pena solicitada, enunciando su origen en la parte dispositiva del fallo. En la presencia de una parte civil, el Juez no decide sobre la referida demanda, sin aplicar lo dispuesto en el artículo 75.3(2) (3)”. El artículo 129 del Código de Proceso Penal obliga al Juez, en cualquier fase del proceso, ante la inexistencia del hecho, ante la prueba de que el acusado no fue su autor, o que el hecho no constituye una infracción criminal, o bien que la infracción está extinta o que falta una condición de procedibilidad, a declarar de oficio tal situación.

⁶⁵⁶ “Art. 444.3. La parte, al formular el pedido de aplicación de la pena, puede subordinar su eficacia a la concesión de la suspensión condicional de la pena. En este caso, el Juez, si estima que la suspensión condicional no puede ser concedida, desestima el pedido.

Presentes los requisitos legales, el Juez, en la fase preliminar o judicial, independientemente de la concordancia del Ministerio Público, aplica la pena conforme a lo solicitado, incluso en grado recursal, cuando haya sido anteriormente desestimado el pedido (art. 448)⁶⁵⁷.

Por lo tanto, existe un control judicial sobre el consenso o sobre el pedido de aplicación de la pena alternativa. El Juez estima el pedido siempre que haya congruencia entre los hechos y la pena, y estén presentes los requisitos legales, pues no ejerce una función meramente *notarile*, debiendo motivar su decisión⁶⁵⁸. Se trata de una disponibilidad de la defensa -imputado solicita la pena-, o de consenso -las partes piden o el Fiscal concuerda con el pedido del acusado-, en los casos limitados por el principio de legalidad.

Como antecedente de la transacción criminal brasileña, podemos traer también los artículos 392-398 del Código de Proceso Penal de Portugal, de 1987, actualizado por la Ley 59/98, de 25 de agosto⁶⁵⁹. En el proceso sumarísimo -delitos con pena abstracta de prisión no superior a 3 años o multa-, cuando el Ministerio Público entiende que no es de aplicación una pena

⁶⁵⁷ “Art. 448. Providencias del Juez. – 1. En la audiencia prevista en el artículo 477, en la audiencia preliminar (art. 484, y ss.) el Juez, si están presentes las condiciones, dicta inmediatamente la sentencia. El Juez actúa de la misma forma tras el término de los debates de primer grado (art. 24) o en el juicio de impugnación (arts. 597-605), cuando estima que la no concordancia del Ministerio Público no tiene justificación y está correcta la pena solicitada por el imputado. 2. En caso de disenso, el Ministerio Público puede apelar (art. 594); en los demás casos, la sentencia no comporta apelación (art. 568.c.2). 3. Cuando la sentencia es dictada en el juicio de impugnación, el Juez decide sobre la acción civil, de acuerdo con el artículo 578(1)”.

⁶⁵⁸ Véase DALIA, A.A.; y FERRAIOLI, M., *op. cit.*, pág. 657.

⁶⁵⁹ Según MAIA GONÇALVES, M.L., *op. cit.*, pág. 698, el proceso sumarísimo, inspirado en el proceso italiano por decreto, traduce la idea de pacificación en torno del consenso, sin perjuicio de la realización del derecho.

privativa de libertad o una medida de seguridad, propone, motivadamente (art. 394)⁶⁶⁰, la aplicación de una pena alternativa, cuya solicitud depende del acusador particular en la acción penal privada⁶⁶¹. No se admite la intervención de partes civiles en el procedimiento sumarísimo, destinado a la aplicación de la pena alternativa (art. 393)⁶⁶².

El Juez ejerce un control sobre el pedido del Fiscal, pues no está obligado a aceptarlo (art. 395)⁶⁶³. En caso de aceptación, intima el acusado para

⁶⁶⁰ “Art. 394° - Pedido. 1- La solicitud del Ministerio Público es escrita y contiene las indicaciones para la identificación del sospechoso, la descripción de los hechos imputados y la indicación de los artículos legales vulnerados, la prueba que existe y el señalamiento sumario de las razones por las cuales entiende que en el caso concreto no debe ser aplicada la pena de prisión. 2 – El pedido finaliza con la indicación precisa de las sanciones cuya aplicación propone concretamente”.

⁶⁶¹ “ Título III – Del Proceso Sumarísimo. Artículo 392° - Cuando es posible. 1 – En los casos de delitos con pena de prisión no superior a los tres años o únicamente penados con la multa, el Ministerio Público, cuando entender que al caso debe ser concretamente aplicada la pena o una medida de seguridad no privativas de libertad, solicita al Tribunal que la aplicación se realice en el proceso sumarísimo. 2 – Si el procedimiento depende de acusación particular, la solicitud anterior depende de la concordancia del titular de la acción penal”. Asimismo, MAIA GONÇALVES, M.L., *op. cit.*, págs. 697 y 698, señala que la Ley 59/98, de 25 de agosto elevó el requisito del acuerdo criminal de 6 meses para los 3 años, considerando que el Código Penal posibilita la sustitución de la prisión por multa en estos supuestos. Además, el requerimiento del Ministerio Público es un poder-deber.

⁶⁶² “Art. 393° - Partes civiles. No se permite, en el proceso sumarísimo, la intervención de partes civiles”.

⁶⁶³ “Art. 395° - Desestimación de la solicitud. 1 – El Juez desestima el pedido y remite el proceso para su forma común: a) cuando no sea admisible el procedimiento; b) en los casos de solicitud manifiestamente infundada, según el artículo 311°, núm. 3; c) cuando no concuerda con la sanción propuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el art 396°. 2 – En el caso de la letra c) del número anterior, el Juez puede fijar una especie de sanción diferente, con la concordancia del Fiscal. 3 – Si el Juez remite el proceso para el cauce común, la solicitud del Ministerio Público equivale a una acusación. 4 – De la decisión a que se refiere el núm. 1, no cabe recurso.

que se manifieste sobre el pedido, a través de abogado, en un plazo de 15 días (art. 396)⁶⁶⁴, aplicando la sanción cuando no hubiere oposición. Se trata de una sentencia de condena irrecurable, con todos sus efectos (art. 397)⁶⁶⁵.

Se critica en el proceso sumarísimo portugués que la prueba no es obtenida en el *locus* del enjuiciamiento tradicional, sino normalmente filtrada por el Ministerio Público; que se reduce la interacción *face-to-face* de los sujetos procesales, que se limita a declaraciones escritas de aceptación o no. Sin embargo, se pone de relieve los beneficios de la informalidad, de la ausencia de un juicio público, del enfrentamiento de todo el cauce procesal, y de la maximización del consenso⁶⁶⁶.

Según MAIA GONÇALVES, M.L., *op. cit.*, pág. 698, se garantiza la aplicación de la pena por el Juez y en los casos de consenso entre el Ministerio Público y el acusado, el Juez puede considerar injusta o desproporcionada la sanción y ordenar la prosecución del proceso.

⁶⁶⁴ “Art. 396º - Notificación y oposición del imputado. 1 – El Juez, si no rechaza la solicitud en los términos del artículo anterior: a) nombra abogado defensor al imputado que no lo tenga; b) determina la notificación del acusado respecto del pedido del Fiscal y, siendo el caso, de la decisión a que se refiere el n. 2 del artículo anterior, para, queriendo, oponerse en el plazo de 15 días. 2 – La notificación a que se refiere el número anterior se hace por contacto personal, de acuerdo con el artículo 113º, núm. 1, letra a), y debe contener, obligatoriamente: a) la información del derecho del acusado en oponerse a la sanción de la manera de hacerlo; b) la indicación del plazo para la oposición y de su término; c) el esclarecimiento de los efectos de la oposición, y de la no oposición que se refiere el artículo siguiente. 3 – El requerimiento también debe ser notificado al defensor. 4 – La oposición puede ser deducida por una simple declaración”.

⁶⁶⁵ “Art. 397 – Decisión. 1 – Cuando el imputado no se opone a la solicitud, el Juez aplica la sanción, incluso con la condena en las costas, con reducción de la tasa judicial a un tercio. 2 – La decisión a que se refiere el número anterior vale como sentencia de condena y deviene firme inmediatamente. 3 – Es nula la decisión que aplica una pena diferente de la propuesta o fijada de acuerdo con los artículos 394º, núm. 2, y 395º, núm. 2”.

⁶⁶⁶ COSTA ANDRADE, M., “Consenso...”, *cit.*, pág. 356. Véase, asimismo, GASPAR, A.E., “Processos especiais”, *O novo código de processo penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997,

Respecto al sistema del *plea bargaining* como antecedente, valen las mismas reglas que señalamos cuando tratamos la conformidad. Por esto, no las repetiremos aquí⁶⁶⁷.

Del *punto de vista interno*, la transacción criminal brasileña recibió la influencia de la transacción civil. En el año de 1982, en un Juzgado del sur del país -Juzgado de Rio Grande-, algunos Jueces, con la finalidad de acercar el Poder Judicial a los ciudadanos, principalmente a los más pobres, permitieron que las pretensiones de hasta cinco salarios mínimos -aproximadamente de 65.000-, fuesen resueltas por abogados, denominados árbitros, en un juicio público. Evidentemente que el objetivo era el acuerdo de las partes, el cual era reducido a escrito y homologado por un Juez. El pacto tenía la naturaleza jurídica de confesión de deuda, considerada título ejecutivo. Además, a los interesados que no llegasen a un acuerdo, se les otorgaba la facultad de elegir árbitros para resolver el conflicto, cuyo laudo era sometido al Juez.

Este proyecto se extendió por los demás Juzgados del Estado del *Rio Grande do Sul* y, posteriormente, por todo el país, lo que propició al legislador el reglamento de la nueva alternativa de solucionar los conflictos. Así, la Ley núm. 7.244/84, de 7 de noviembre, permitió que el actor optase por esta alternativa al proceso común, para causas de hasta veinte salarios mínimos -aproximadamente 260.000 pesetas-. Actualmente esta forma alternativa llega a las 520.000 pesetas, conteniendo también una competencia *ratione materiae* -desahucio, posesión, por ejemplo (art. 3 Ley 9.099/95).

págs. 373 y 376 que esta novedad procesal se encuadra dentro de una perspectiva consensual, de simplificación del proceso, descarga de la Justicia Penal y para evitar la estigmatización de la publicidad, cuyas principales características son el control jurisdiccional, el consenso y la no obligatoriedad.

⁶⁶⁷ Véase primera parte, capítulo II, número 1, letra D, y segunda parte, capítulo II, número 1, letra A.

Esta nueva forma de solución de los conflictos adoptaba criterios opuestos al sistema vigente, como la oralidad, la informalidad y la participación ciudadana en la administración de la justicia. No se pensaba en el consenso en el proceso penal, excepto la conciliación previa a la viabilidad acusatoria en los delitos contra el honor, aunque el artículo 84 del Proyecto Frederico Marques, y el substitutivo al proyecto de reforma del Código Procesal Penal, en su artículo 207, II, previesen una forma de extinción de punibilidad cuando el acusado pagase la multa propuesta por el Ministerio Público.

Sin embargo, la Constitución Federal de 1988, en su artículo 98, en una misma disposición legal determinó que todos los Estados instituyesen juzgados para el enjuiciamiento de las causas civiles de menor entidad y para las infracciones criminales de menor potencial ofensivo, mediante un proceso sumarísimo, oral, con posibilidad de transacción criminal en las hipótesis previstas en ley⁶⁶⁸. La enmienda constitucional número 22/99, de 18 de marzo determinó que una Ley Federal criase juzgados especiales para el enjuiciamiento de las infracciones de menor entidad en el ámbito de la Justicia Federal.

Ocurre que ya existía una ley estableciendo el cauce para la justicia consensual civil, pero no para la criminal, cuyas normas determinaban la absoluta vinculación al principio de legalidad. Asimismo, en el Estado de *Rio Grande do Sul*, algunos Jueces pasaron a proponer la transacción criminal, invocando el permisivo constitucional. Sin embargo, el órgano *ad quem*

⁶⁶⁸ Art. 98. La Unión, en el Distrito Federal y en los Territorios, y los Estados crearán. I - juzgados especiales, compuestos por Jueces togados, o togados y legos, competentes para la conciliación, el enjuiciamiento y la ejecución de causas civiles de menor complejidad y para las infracciones criminales de menor potencial ofensivo, mediante el proceso oral y sumarísimo, permitidos, en las hipótesis previstas en ley, la transacción y el enjuiciamiento de los recursos por *Turmas* de Jueces de primer grado.

estadual decretó la nulidad de los acuerdos criminales, con el fundamento de que no existía una ley federal delimitando lo que constituyese una infracción penal de menor potencial ofensivo⁶⁶⁹. El órgano jurisdiccional máximo de la nación -Supremo Tribunal Federal- declaró la inconstitucionalidad de leyes estatales que autorizaban la transacción criminal, con el fundamento de falta de competencia legislativa⁶⁷⁰.

Las sugerencias del Ministerio de Justicia para modificar el Código Procesal Penal establecía un nuevo proceso para el enjuiciamiento de las faltas y los delitos cuya pena no superase los dos años de detención, consideradas infracciones criminales de menor potencial ofensivo⁶⁷¹. En estos, permitía la reparación de los daños y la transacción criminal.

Un proyecto de ley elaborado por magistrados del Estado de *São Paulo*, con la colaboración de algunos juristas, en especial PELLEGRINI GRINOVER, fue enviado al parlamento para los trámites legislativos. A este proyecto se sumaron otros, pero respecto a la parte criminal, prevaleció el de

⁶⁶⁹ Según el artículo 22, I, de la Constitución Federal, “compete exclusivamente a la Unión legislar sobre: -derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y social”, aunque el artículo 24, X, y XI, de la misma normativa señalase que “compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre la creación, funcionamiento y proceso de los Juzgados de pequeñas causas y sobre procedimientos en materia procesal”. Véase *TARGS* de 3 de febrero de 1995 (*RJTARGS* 174/95, Ap.Crim. núm. 295002034).

⁶⁷⁰ Véase STF de 28 de octubre de 1994 (*DJU* de 4 de noviembre de 1994, pág. 29.827, *HC* núm. 71.713-6); de 10 de marzo de 1996 (*DJU* de 15 de marzo de 1996, pág. 7.203, *HC* núm. 72.930-4); de 10 de octubre de 1995 (*DJU* de 20 de octubre de 1995, pág. 35.258, *HC* núm. 75.582-1).

⁶⁷¹ En *Diário Judicial de la União* de 16 de marzo de 1994, páginas 3.606 y 3.607, y de 25 de noviembre de 1994, págs. 17.857 y 17.858.

São Paulo⁶⁷². Así nació la Ley 9.099/95, que reglamenta el enjuiciamiento de las causas civiles de menor entidad (arts. 3-59), y las infracciones criminales de menor potencial ofensivo (arts 60-92). Entre otras disposiciones, conceptuó que las faltas y los delitos con pena privativa de libertad abstracta hasta un año constituyen infracciones criminales de menor potencial ofensivo.

De los operadores jurídicos, como suele ocurrir en la elaboración de las leyes brasileñas, fue sustraída la posibilidad de un amplio debate, en lo que atañe a las profundas reformas que se estaba introduciendo. No fue dada la oportunidad para que los colegios de abogados, los Jueces, los Fiscales, los profesores, debatiesen el proyecto de ley. El proyecto únicamente fue discutido en el ámbito del Estado de *São Paulo*, como si las demás 26 unidades federativas perteneciesen a otro país. Lo que es más grave, no hubo debate parlamentario, pues el proyecto fue aprobado por un acuerdo de líderes políticos. Alteraciones tan profundas en el sistema criminal merecía una participación más amplia de la comunidad jurídica.

B) Concepto

Así como hemos hecho cuando conceptuamos la conformidad⁶⁷³, partimos de las principales características de la transacción, en la búsqueda de un concepto. Aquí no se presenta la posibilidad de que la transacción ocurra en varios procesos, ni las varias especies de juicios reglados de oportunidad, como ocurre en el sistema español.

⁶⁷² Véase FABBRINI MIRABETE, J., *Juizados especiais criminais*, Atlas, São Paulo, 1998, págs. 16 y 17; y PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit., 32-34.

⁶⁷³ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letra B.

En las infracciones criminales de menor entidad, que se tramitan por un proceso sumarísimo, el Ministerio Público, según el legislador, “podrá” proponer al sospechoso el cumplimiento de una pena restrictiva de derechos o de multa. Ocurre que el acusador actúa de acuerdo con los preceptos normativos y, una vez presentes los requisitos legales, está obligado a proponer las medidas alternativas a la pena privativa de libertad⁶⁷⁴. No está en su esfera de actuación la disposición de proponer o no la pena.

La acción penal fue ejercida por el Ministerio Público en el momento en que provocó la manifestación jurisdiccional. Al proponer la aplicación de una pena de multa o restrictiva de derechos, está ejerciendo una pretensión acusatoria *sui generis*, pues la consecuencia jurídica no es de una sentencia de condena. Existe deducción de una pretensión, pues, para proponer una pena, el Fiscal deberá señalar cuál es el hecho y su calificación jurídica. Además, el hecho podrá no revestirse de tipicidad, o la calificación jurídica no ser la de una infracción de menor entidad. El poder de disponibilidad del Fiscal está entre deducir una pretensión acusatoria común o una pretensión alternativa, según los criterios determinados por el legislador.

Cuando el acusado resiste a la pretensión acusatoria común puede adoptar una amplia estrategia defensiva: negativa total o parcial de los hechos; discusión de la calificación jurídica; declara o silencia; arguye o no las cuestiones procesales; solicita o no la práctica de actos probatorios; comparece o no a los actos procesales; recurre o no, etcétera. Ante la pretensión *sui generis*, el acusado tiene únicamente dos opciones, acepta o no la pena alternativa. También lo hace en el ejercicio de su defensa personal.

⁶⁷⁴ Según SILVA JARDIM, A., *op. cit.*, pág. 133, la discrecionalidad del *parquet* se restringe entre ejercer un tipo de acción penal u otro.

No se trata de una adhesión pura y simple a la pena propuesta. Inicialmente, el acusado acepta la pretensión alternativa, pues si la niega, no se discute la especie de pena. La voluntad de negociar con la acusación indicará la anuencia o no a la alternativa propuesta. Por lo tanto, el Fiscal propone la pena, la cual es discutida con el acusado y su defensor técnico. Incluso, podrán ya ofrecer una pena cuantificada al juzgador, sin perjuicio de que éste la modifique, pues la función de aplicarla le pertenece. Sin embargo, no podrá modificar la especie de pena -multa o restricción de derechos-.

Por lo tanto, para que haya transacción criminal, se hace necesario el consenso entre las partes⁶⁷⁵, ante el tercero imparcial. Sin embargo, la Ley 9.099/95 no se refiere específicamente a una transacción criminal, sino a la aplicación de una pena alternativa propuesta por el Ministerio Fiscal⁶⁷⁶. Por lo tanto, no siempre habrá negociación entre las partes. La defensa podrá aceptar la propuesta del Fiscal, sin discutir, como ocurre con la aceptación de la pena en algunas especies de conformidad⁶⁷⁷.

La insostenible demanda judicial no justifica la práctica existente en algunos juzgados del Estado de *Rio Grande do Sul*, de realización de audiencias colectivas. Es increíble, pero ocurre. Por ejemplo, algunos Jueces emplazan para una misma fecha todos los procesos de porte ilegal de arma, y el Fiscal hace la misma propuesta de una multa "X" para todos. Los que la aceptan, firman un acta y se marchan, sin saber lo que ha sucedido. Esta no es la única atrocidad jurídica. En algunos juzgados,

⁶⁷⁵ Según PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados*..., cit., pág. 96, la transacción criminal se caracteriza por concesiones recíprocas.

⁶⁷⁶ "Art. 76. Habiendo representación o tratándose de "delito público", no siendo caso de archivo, el Ministerio Público podrá proponer la aplicación inmediata de una pena restrictiva de derechos o de una pena de multa, específicamente".

⁶⁷⁷ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letra E..

los Jueces y Fiscales reparten entre sí la conducción de la audiencia de conciliación criminal, funcionando los dos, al mismo tiempo, al Fiscal -hace la propuesta-, y el Juez -la homologa-. Para completar, sólo falta que la policía vuelva a la práctica antigua del archivo *under the table*, ahora con una actuación mejorada -también haciendo la transacción criminal en sus despachos-, y los Fiscales intentan convencer a los autores de los hechos, en los pasillos, a aceptar la propuesta.

Habiendo negociación, no se discute el hecho, ni la calificación jurídica. Se parte de una certeza procesal de existencia del hecho, de que el aceptante es su autor, y de que se trata de una infracción penal de menor potencial ofensivo.

El autor del hecho, al negociar y aceptar la pena alternativa, no está haciendo una declaración de culpabilidad, como ocurre en el sistema anglosajón -*plea guilty*-⁶⁷⁸. En el sistema brasileño, la presunción de inocencia únicamente se vulnera con una sentencia condenatoria, tras un juicio con todas las garantías procesales. El acuerdo criminal no aparta la presunción de inocencia. Por esto, el legislador no ha atribuido a la sentencia que homologa el acuerdo los efectos de una condena. Para haber pena criminal con todos sus efectos, es imprescindible la existencia de un juicio de culpabilidad, hecho por un tercero imparcial, y no por las partes. Y, este juicio de culpabilidad no puede ser dictado sin la contradicción probatoria.

El autor del hecho, al aceptar o negociar la sanción, lo hace en el ejercicio de su derecho de defensa. Para él, la mejor defensa podrá ser este cumplimiento voluntario, principalmente cuando las circunstancias fácticas le sean desfavorables y enuncian una probable condena. El éxito en el acuerdo

⁶⁷⁸ En contra, GOMES, L.F., *Suspensão...*, cit., pág. 199, cuando señala que en el momento en que el autor del hecho acepta la pena alternativa, está asumiendo la culpabilidad, como ocurre en la *guilty plea*.

criminal implica la terminación anticipada del proceso penal, pues no ocurre la solicitud de la prueba y el juicio oral. Además, el autor del hecho se libra de un enfrentamiento con la víctima y de la incertidumbre del resultado del proceso.

Sin embargo, esta opción sólo la tiene la defensa, en su poder de elegir la estrategia defensiva, que el legislador ha reglado. El Ministerio Fiscal, ante la existencia de los requisitos legales para ejercer la pretensión alternativa, no podrá solicitar el archivo o deducir una pretensión acusatoria común. Su actuación está limitada por el legislador. No hay incidencia del principio de oportunidad, en su puridad, pues, tanto la actuación del acusador, como de la defensa, están establecidos en ley. El legislador ha reglado cuándo el acusador deberá ejercer la pretensión alternativa y cuándo la defensa puede optar entre sujetarse a un proceso común o aceptar su terminación anticipada.

Según el legislador, para que el Juez estime la transacción criminal, no podrá haber colisión entre la defensa personal y la técnica. Sin embargo, quien cumplirá la sanción no es el letrado, sino el autor del hecho -personalísima-, cabiendo a este únicamente mostrar al acusado las *chances* que posee.

Las características enunciadas para la conformidad española, se aplican a la transacción brasileña⁶⁷⁹. Así, la declaración volitiva del autor del hecho no podrá estar sujeta a condición, plazo o cualquiera limitación. Además de personalísima, como señalamos, el autor deberá tener plena capacidad de entendimiento y de determinación, cumpliendo al Juez observar las formalidades legales.

Así, la transacción criminal se constituye en un acto procesal bilateral, resultante del consenso entre la acusación y la defensa, según el cual el autor el

⁶⁷⁹ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letra B.

hecho se somete al cumplimiento de una sanción alternativa -multa o restrictiva de derechos-, como estrategia defensiva, en el ejercicio de su derecho de defensa, sin que la aceptación tenga la extensión de los efectos de una condena común.

C) Naturaleza jurídica

La doctrina, aunque no tan abundante como la española⁶⁸⁰, prácticamente ha sido omisa sobre la naturaleza jurídica de la transacción criminal. Encontramos posicionamientos aislados, enunciados sin metodología o rigor científico, como el señalamiento de que la transacción criminal es una verdadera autocomposición aproximativa de la *plea bargaining* norteamericana⁶⁸¹, que implica una de técnica defensiva semejante al *nolo contendere* americano⁶⁸², o representa un ejercicio de discrecionalidad reglada del Ministerio Fiscal⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras C.

⁶⁸¹ TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, vol. 1, pág. 12. Añade, en la pág. 274, que la transacción realizada en la fase preliminar (art. 76, 9.099/95), sería una autocomposición extraprocésal, y la que ocurre en el trámite del proceso sumarísimo, una autocomposición intraprocésal (art. 79 Ley 9.099/95). Sin embargo, subraya que se constituye en una autocomposición *sui generis*, pues no se admite la aplicación de una sanción privativa de libertad.

⁶⁸² PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados....*, cit., pág. 99, señalan que se puede perfectamente afirmar que la aceptación por el autor del hecho de la propuesta de aplicación inmediata de una pena que no sea la privativa de libertad, con la presencia de abogado, es una técnica de la defensa, encuadrándose en el ejercicio de la misma.

⁶⁸³ Véase FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, págs. 84 y 85. Como consecuencia de su entendimiento, se trata de una opción del Ministerio Público, no pudiendo la propuesta partir

La verdadera índole de la transacción criminal brasileña emerge cuando se analiza el acto procesal de los diversos ángulos de actuación de los sujetos involucrados en el acto, y de sus efectos. Las dos posiciones doctrinales son una visión parcial de la transacción, y no desvelan su esencia.

Según CARNELUTTI, la transacción es un acto complejo, especie del género autocomposición, efectuada por las partes. La heterocomposición se diferencia porque es llevada a cabo por el órgano jurisdiccional⁶⁸⁴. Por su turno, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO señala que la palabra autocomposición se descompone en auto -realizada por obra de uno de los litigantes-, y en composición -solución, resolución, o decisión del litigio-, a diferencia de la solución dictada por un Juez, tras un proceso⁶⁸⁵.

El Fiscal no está desistiendo o renunciando a la pretensión, sino deduciendo una pretensión alternativa a la acusación común. Tampoco se puede decir que hubo allanamiento o reconocimiento de la pretensión acusatoria, pues la transacción criminal impide su nacimiento -primer momento procesal-, o su sostenimiento -segundo momento procesal-. El Juez, aunque no pueda modificar el acuerdo criminal, analiza la ocurrencia de los requisitos legales, individualiza la sanción, pues el derecho de penar pertenece a él, y no a las partes. Así, la transacción criminal no representa una verdadera autocomposición del litigio, como ocurre en el proceso civil. Además de representar únicamente una de las modalidades de autocomposición, el *ius puniendi* no está en la esfera de disponibilidad de las partes, habiendo un

del autor del hecho o del Juez. Equivocadamente, señala que el Fiscal, con la propuesta, deja de exigir la tutela jurisdiccional para la concretización del *ius puniendi*. Es equivocada su postura porque hay la incidencia proporcional del *ius puniendi*, y porque el Fiscal provoca la tutela jurisdiccional cuando deduce la pretensión alternativa.

⁶⁸⁴ *Instituciones...*, cit., pág. 24.

⁶⁸⁵ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Imprenta Universitaria, México, 1947, pág. 72.

control efectivo de la transacción, cuya extensión puede ser alterada por el titular del derecho de penar.

Por su parte, el autor del hecho, en el momento que negocia la propuesta del Fiscal y acepta cumplir una pena alternativa está en el ejercicio de su derecho de defensa. Es una técnica defensiva, pues tiene la opción, como señalamos, de negarse a negociar, de no aceptar la propuesta⁶⁸⁶. La aceptación se encuadra dentro de la esfera de la reglamentación de un juicio de oportunidad, pues sin aceptación del autor del hecho no hay acuerdo. Sin embargo, atribuir a la transacción criminal únicamente la naturaleza jurídica de técnica defensiva, no pone de manifiesto toda su esencia.

Presentes los requisito legales, el Fiscal deducirá la pretensión alternativa, directamente y de forma oral, proponiendo la aplicación de la pena de multa o de la restricción de derechos. No siendo posible, deduce una pretensión acusatoria común. Tras ésta, en la próxima audiencia, el acusador podrá dejar de sostener la pretensión deducida, modificando la especie y sus efectos, según determina la ley. Satisfechos los presupuestos legales, la deducción de una u otra pretensión no está en la esfera de disponibilidad subjetiva del acusador, sino que es un obligación legal.

El autor del hecho tiene garantizado el derecho, siempre que estén satisfechos los requisitos legales, a una situación más favorable. Por esto, el acusador deberá justificar la no adopción de la vía más favorable. Competerá al Juez estimar o no la recusación del acusador en ofrecer al autor del hecho la alternativa legal, pues el tercero imparcial también ejerce una función de protección de los derechos y libertades fundamentales.

⁶⁸⁶ Véase, tercera parte, capítulo II, número 1, letra B.

La estimación del consenso ocurre por medio de una sentencia de homologación de la manifestación volitiva de las partes. No se trata de una sentencia de condena⁶⁸⁷, ni de absolución, pues no hubo investigación total, ni instrucción contradictoria, como se ha afirmado. La multa o la restricción de derechos se constituyen en penas porque tienen índole de reprobación jurídica, aunque no tiene la dimensión de la pena aplicada tras un juicio condenatorio. En este sentido existe una divergencia doctrinal respecto de la naturaleza jurídica, o sea, si es una pena criminal o no⁶⁸⁸.

A primera vista parece haber contradicción en defender que se trata de una sentencia homologatoria y, al mismo tiempo, la naturaleza criminal de la multa o de la restricción de derechos. Sin embargo, estamos ante la aplicación de una pena, por fuerza de la incidencia del *ius puniendi* del Estado, a través del debido proceso establecido en ley, incluso en la Constitución Federal. No se está ante una pena pronunciada tras la deducción o después del sostenimiento de una pretensión acusatoria ordinaria. ¿Qué impide la reprochabilidad criminal sin condena? Ciertamente no lo es el estado de inocencia, el cual persiste, ni el debido proceso, el cual es observado. Por lo tanto, una contradicción únicamente puede ser atribuida a una posible visión repetitiva, a un raciocinio encubierto por la falta de capacidad de pensar. La norma constitucional legitima la aplicación de una pena proporcionada, sin los efectos de una condena.

⁶⁸⁷ Véase STJ de 22 de junio de 1999 (*Notícias do STJ*, núm. 24/99, *Rec.Esp.* núm. 172.981); de 19 de octubre de 1999 (*DJU* de 28 de febrero de 2000, *Rec.Esp.* núm. 153.195) el entendimiento que la sentencia que homologa la transacción criminal es una sentencia de una condena impropia. El STF de 29 de febrero de 2000 (*Informativo* núm. 180/2000, *HC* núm. 79.572), modificó el fallo del STJ señalando que la sentencia que homologa la transacción criminal no es una sentencia de condena.

⁶⁸⁸ Según PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit., pág. 153, la sentencia es homologatoria y la medida aplicada tiene la naturaleza jurídica de sanción criminal.

Quizás, lo mejor sería descomponer la transacción penal en diversos actos, analizando la naturaleza jurídica de cada uno por separado. Así, la actuación del Ministerio Público no es una manifestación del principio de oportunidad en su puridad, o sea, de una opción suya en deducir o no una pretensión alternativa, sino una actuación determinada por la ley. La defensa no está obligada a aceptar la propuesta o a negociar, encuadrándose, su actuación, en el ejercicio de la defensa del *status libertatis*, de un poder de disposición defensivo, en las hipótesis previstas en la ley. El Juez es el guardián de la legalidad, estimando o no el acuerdo, y haciendo que se cumpla la alternativa penológica, o sea, de una pena sin los efectos estigmatizantes de la condena. Por esto, de forma global, la transacción criminal es un acto procesal complejo, que envuelve la obligatoriedad del acusador de deducir la pretensión alternativa o de no sustentar la pretensión acusatoria común, satisfechos los requisitos legales; la opción defensiva en cumplir la sanción alternativa, sin los efectos de la pena aplicada tras un juicio condenatorio ordinario, y el control judicial -presupuestos legales y dosimetría-.

D) Fundamentos

La razón de la existencia del acuerdo criminal traspasa la mera creación legislativa, y envuelve a los operadores jurídicos, al acusado y a la propia administración de justicia. Para la Administración de Justicia el acuerdo criminal se fundamenta en la posibilidad de solucionar prontamente el proceso criminal, con la anticipación de la tutela jurisdiccional. Aunque el tiempo medio de tramitación de un proceso criminal sea inferior a un proceso civil, la demora en la prestación jurisdiccional es un reclamo jurídico-social. Con la

posibilidad de la aplicación de una pena alternativa, se facilita a la administración de justicia una prestación jurisdiccional pronta, una respuesta más rápida a la pequeña criminalidad, reservando un tratamiento más eficiente a la criminalidad más grave.

El objetivo de la creación del proceso sumarísimo fue la simplificación del procedimiento preliminar -prohibición del *inquérito policial*⁶⁸⁹, y la remisión inmediata del expediente investigatorio a la autoridad judicial, por ejemplo-, y del proceso judicial -como puede ser la oralidad, el examen de los requisitos de procedibilidad de la pretensión acusatoria tras la resistencia procesal-. Además, dentro del proceso están comprendidos institutos que potencian más la simplificación del proceso, como el acuerdo civil, el penal y la suspensión condicional del proceso.

La transacción criminal, cuando es prestada en el primer momento procesal, impide la convocación de las partes para un segundo acto procesal -*audiência de instrução e julgamento*-, y la deducción de la pretensión acusatoria ordinaria. Tanto ésta, como la prestada en la referida audiencia, evita la continuación del cauce natural del proceso sumarísimo: resistencia procesal, análisis de los requisitos de viabilidad acusatoria, suspensión o no del proceso, declaraciones de la víctima, de los testigos y del acusado, las alegaciones orales, y el dictado de un fallo absolutorio o condenatorio.

⁶⁸⁹ Según el artículo 69 de la Ley 9.099/95, la autoridad policial, ante la *notitia criminis*, labrará un *termo circunstanciado* y lo remitirá al juzgado, con el autor del hecho y la víctima, providenciando las pruebas periciales necesarias. Asimismo, STJ de 12 de diciembre de 1997 (DJU de 25 de febrero de 1998, pág. 123, HC núm. 6.249), decidió que no se admite la realización del *inquérito policial*, sino únicamente pedidos de esclarecimientos a la autoridad policial.

La obtención del cumplimiento de una pena alternativa también representa un ahorro en la actividad procesal de la Fiscalía, pues no estará obligada a proponer pruebas, a comparecer en el juicio oral, a hacer alegaciones y eventualmente a recurrir el fallo. Este ahorro se obtiene sin apartar la incidencia del *ius puniendi* del Estado.

En esta misma línea de ahorro de tiempo y de trabajo se encuadra la actividad del abogado defensor del autor del hecho, pues, con la terminación anticipada del proceso, el letrado podrá obtener la retribución más pronta de su trabajo.

Lo que se observa en la práctica forense es que los abogados con menos experiencia profesional son los que se dedican a los procesos de las infracciones de menor entidad, excepto cuando alguien muy influyente está siendo procesado. La consecuencia natural es que tienen interés en recibir inmediatamente sus honorarios, forzando los acuerdos, como suele ocurrir en los procesos laborales, o en los civiles de poca expresión.

La simplificación del procedimiento también beneficia al acusado, pues evita su comparecencia en juicio y la práctica de los actos procesales: declaraciones sobre el hecho, por ejemplo, además de eliminar la incertidumbre de un fallo judicial.

Sin embargo, una fundamentación meramente utilitaria, además de ser poco convincente desde el punto de vista científico, desvela la carencia de reflexión de los que únicamente así la enuncian. Hay que buscar en las finalidades del proceso penal, una fundamentación jurídica para la transacción criminal brasileña, así como lo hacemos para la conformidad⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ Véase segunda parte, capítulo II, número I, letra D.

Estimamos que la mayor ventaja para el acusado es la no aplicación de una pena privativa de libertad, pues la prestación alternativa se restringe a la multa o a la restricción de derechos. No existe la posibilidad de que se cambie la calificación jurídica del hecho, que posteriormente se le acuse por el mismo hecho, o que se le aplique una pena privativa de libertad, sea en una pretensión acusatoria ordinaria, o en una conversión de la sanción aceptada voluntariamente. El acusado se libra de un proceso sin perder su inocencia, y sin el *status* de condenado. La regla natural es que el procesado, consciente de la prueba desfavorable, busque la aplicación de la alternativa criminal. Así, actúa en el ejercicio de su derecho de defensa, de protección de su derecho de libertad que el propio legislador le otorga y garantiza, incluso a nivel constitucional.

La finalidad del proceso criminal no radica sólo en la aplicación del *ius puniendi*, sino también en garantizar el derecho de libertad del sospechoso, del acusado e, incluso, del condenado -libertad condicional y todos los derechos de los penados, por ejemplo-. Con la aplicación de la pena alternativa se garantiza el derecho de libertad del acusado, pues se tiene la certeza de que no irá a prisión por el mismo hecho.

Recuérdese que la aplicación de una pena criminal tiene también como finalidad la rehabilitación social del penado, la cual, puede ser alcanzada con un tratamiento diferenciado, sin la privación de libertad y sin los efectos de una condena, a los hechos menos graves y a los autores no acostumbrados al camino del ilícito criminal. El envío a la cárcel de un condenado por una infracción de menor potencial ofensivo, sin antecedentes criminales, es tornarlo un criminal.

Es sabida la despreocupación de los juristas con la ejecución criminal. Existen innumerables obras sobre la teoría del delito, pero pocas sobre la pena y, menos aún sobre la ejecución criminal. Este es un fenómeno universal. Sin embargo, en el sistema brasileño, el abandono y el desprecio con los derechos del penado es insostenible desde todos los puntos de vista. Los derechos constitucionales y legales no son implementados en la práctica. Además de la falta de espacio físico, del consumo de sustancias estupefacientes y el peligro del contagio de enfermedades graves, se junta la corrupción de los encargados de administrar el sistema carcelario. Grande parte de la actividad criminal, cuando no es dirigida por la policía, lo es desde el interior de la cárcel, donde existen verdaderas jerarquías que luchan para que los recientemente ingresados les sigan. Estos son sólo algunos ejemplos de la miseria jurídica, moral y humana de las cárceles brasileñas. La impresión es de que la sociedad está escondiendo su incompetencia y miseria en las cárceles.

No se ha atentado para el fundamento de protección de la persona de la víctima en la transacción criminal, pues la misma ocurre entre el acusador y el autor del hecho, con la dirección del Juez, sin la participación de la víctima. El tímido avance en cuanto a la víctima dice respecto a la composición civil⁶⁹¹ y a la suspensión condicional del proceso⁶⁹².

Por lo tanto, el fundamento material de la transacción criminal está en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, en el tratamiento proporcional a las infracciones penales de menor potencial ofensivo y en la prohibición de aplicación de una pena privativa de libertad, con todas sus nefastas consecuencias.

⁶⁹¹ Véase tercera parte, capítulo II, número 2, letra B.

⁶⁹² Véase tercera parte, capítulo II, número 3, letra D.

E) Requisitos

Prima facie analizaremos los presupuestos de la aplicación de la pena alternativa relacionado con la intervención de los sujetos: la policía, el órgano judicial, el Fiscal, el Juez lego, el abogado, el acusado, y la víctima. Posteriormente, analizaremos los requisitos objetivos, o sea, esencialmente lo que constituye una infracción penal de menor entidad.

Como la conformidad en el sistema brasileño no ocurre en la fase de investigación, que es dirigida por la policía, ésta no tendrá una función importante en la transacción. Su actuación se restringe a elaborar un simple documento comprobatorio de la autoría, de la materialidad y de las circunstancias fácticas. No está obligada a proceder una investigación como lo hace en las demás infracciones (art. 69 Ley 9.099/95). Su *opinio delicti* no tendrá relevancia, pues el Ministerio Público podrá entender que se trata de un hecho criminal más grave y determinar la continuación de las investigaciones. Lo mismo ocurre cuando elabora una investigación más profunda, como si el hecho fuera un delito grave, y el Fiscal entiende que se trata de una infracción de menor entidad.

El órgano jurisdiccional competente para procesar, juzgar y ejecutar las infracciones criminales de menor potencial ofensivo es el del lugar en que fue realizada la infracción criminal. Por vía de consecuencia, ante este Juez es que ocurrirá la aplicación de una medida alternativa, pues la competencia es uno de los límites de la *jurisdictio*. Así, se aplica la Teoría de la Actividad, considerándose competente el Juez del lugar en que ocurrió la conducta, independientemente del lugar en que se ha producido.

En el derecho brasileño se discute lo que se considera lugar de la práctica de la infracción criminal. El artículo 6 del Código Penal considera realizada la infracción tanto en el lugar donde ha ocurrido la conducta, en su totalidad o parte de ella, como en el lugar donde se ha producido o debería producirse el resultado. Por otro lado, el artículo 70 del Código de Proceso Penal señala que la competencia para procesar y juzgar una infracción criminal es la del lugar donde ocurrió la consumición, o el último acto del *iter criminis*, en los delitos tentados.

La propuesta de aplicación de una medida alternativa es del acusador oficial, según el legislador. Sin embargo, quien detiene la potestad jurisdiccional de decir y de aplicar el derecho al caso concreto es el Juez, so pena de transformarse en simple pieza decorativa o homologatoria, incluso de acuerdos sobre hechos que no sean típicos. Por esto, el Juez, antes de homologar la transacción criminal deberá analizar si están presentes los requisitos autorizadores de una acusación. Del artículo 76, § 4º se infiere que el Juez aplicará la sanción alternativa cuando proceda, pues expresamente señala: “acogiendo la propuesta del Ministerio Público, aceptada por el autor de la infracción, el Juez aplicará....”. Asimismo, en los supuestos de aplicación de una multa, el Juez podrá reducirla hasta la mitad (art. 76, § 1º, Ley 9.099/95). Así, el Juez actúa de forma activa en la transacción criminal, estimando o no la pretensión del acusador, aceptada por el acusado.

La decisión de reducir la multa deberá, conforme determina la Constitución Federal⁶⁹³, ser motivada. El Juez no actúa, como piensan ciertos autores, en el ejercicio de un poder discrecional⁶⁹⁴. La reducción no es obligatoria, pues dependerá de las circunstancias fácticas constantes en el *termo*

⁶⁹³ “Art. 93, IX - todos los enjuiciamientos de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas sus decisiones, so pena de nulidad...”

⁶⁹⁴ PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit. pág. 145.

circunstanciado, y de las que surgieren en el juicio, durante la discusión de la propuesta. En síntesis, el Juez analizará si la reducción de la multa es suficiente y necesaria a la reprobación jurídica⁶⁹⁵, fundamentando su decisión.

Sin embargo, el Juez no podrá modificar el objeto de la transacción, aplicando una multa cuando lo aceptado o acordado fue una medida restrictiva de derechos y viceversa. Es atribución del Juez el análisis de la satisfacción de los requisitos de aplicación de la medida alternativa. Por esto, estimará o no la pretensión acusatoria, aceptada por la defensa. Como la aplicación de una sanción es atribución del Juez, la extensión de la medida alternativa compete al Juez.

Una de las polémicas creadas por la Ley 9.099/95 está relacionada con la posibilidad del Juez, ante la inercia del Ministerio Fiscal, de aplicar una medida alternativa, con la anuencia del reo⁶⁹⁶. Esta hipótesis ha sido suscitada ante la ausencia del Fiscal en la audiencia en que debería ser propuesta la pena, y la existencia o no de un derecho del autor del hecho a esta medida alternativa. La primera impresión es de que esto es imposible, pues vulneraría el principio acusatorio, el cual determina la distribución y división de funciones entre los diversos sujetos. Sin embargo, hay que tener en cuenta el fundamento de la

⁶⁹⁵ El Código Penal, cuando establece las reglas para la medición de la pena, en el artículo 59 señala que el Juez, atendiendo a la culpabilidad, antecedentes, conducta social, y personalidad del autor del hecho; los motivos, circunstancias y consecuencias del delito, y el comportamiento de la víctima, fijará la especie y cantidad de la pena, y el régimen inicial del cumplimiento de la pena, según sea necesario y suficiente a la reprobación y prevención del delito.

⁶⁹⁶ Según FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.* págs. 85 y 86, cabe exclusivamente al Ministerio Público hacer la propuesta de transacción criminal. Por otro lado, TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, vol. 4, pág. 166, entiende que el Juez debe formular la propuesta cuando el Ministerio Fiscal, sin motivación, no la pide, pues no es un “invitado de piedra”.

existencia del principio acusatorio, los derechos del reo, y los específicos efectos de la medida alternativa.

Cuando el Ministerio Público dictamina por la designación de la audiencia preliminar, ejerce la acción penal -provocación de la *jurisdictio*-, y admite la posibilidad de la aplicación de una medida alternativa. Si tuviese entendido que no se trataba de una infracción penal de menor potencial ofensivo, no actuaría de esta forma. Asimismo, hay que considerar que no se puede negar la alternativa a la pena privativa de libertad, con la cual está de acuerdo el autor del hecho, y que la medida alternativa no tiene los efectos de una sentencia de condena.

El fundamento de la existencia del principio acusatorio es evitar que el acusador juzgue o que el Juez acuse, pero no que un Juez garantice los derechos fundamentales del acusado, como lo es la alternativa a la pena de prisión y protección contra los efectos de una condena. El Juez, al indicar la alternativa al acusado o aceptar la que el reo solicite en la audiencia en la cual no ha comparecido el Ministerio Fiscal, no está ejerciendo la acusación.

El Ministerio Público es el protagonista de todo el sistema criminal brasileño. Aunque no ejerza el deber constitucional de controlar la actuación investigatoria de la autoridad policial, detiene la exclusividad del ejercicio de la acción penal y de la deducción de la pretensión acusatoria. Además, es quien solicita a la autoridad policial la realización de diligencias para iniciar o completar la fase preliminar y solicita el archivo o las medidas cautelares para asegurar la aplicación de la ley penal. Por esto, coherente con el sistema, el legislador ha señalado que el Ministerio Público ejerce la pretensión de aplicación de una medida alternativa, lo que, presentes los requisitos legales, se constituye en un poder-deber. También, es quien, cuando se trate de una

infracción criminal de menor entidad, ante la complejidad o circunstancias impeditivas de la deducción de una pretensión por medio del proceso sumarísimo, solicita al Juez que el trámite ocurra por otro cauce procesal (art. 77, § 2º, Ley 9.099/95), ejerciendo un primer juicio de la dimensión de los hechos y de sus circunstancias. Evidentemente que cabrá al Juez estimar o no el pedido del Fiscal.

La pretensión del Ministerio Fiscal es de aplicación de una de las medidas alternativas. Su extensión compete al órgano que ostenta la potestad jurisdiccional. Así, el Juez es quién establecerá el *quantum* de la multa, su duración y la forma de cumplimiento de la restricción de los derechos.

Al Ministerio Público no se le ha concedido un poder discrecional⁶⁹⁷, una facultad subjetiva de ejercer una pretensión acusatoria común o una pretensión alternativa, sino una alternativa legal, ante determinados requisitos previamente establecidos. La opción únicamente se localiza en el plano abstracto, de la *law in book*, pero, en el concreto, de la *law in action*, en el momento de analizar las circunstancias fácticas, el acusador no tiene opción, sino la obligación de proponer el cauce legal más favorable al acusado.

La negativa o inercia del *parquet* no puede ser suplida con la remisión del expediente al Procurador General, en una interpretación analógica con el artículo 28 del Código de Proceso Penal, pues éste así la determina cuando el Juez desestima el pedido de archivo del Fiscal, por entender que están presentes los presupuestos para la deducción de una pretensión acusatoria, justamente lo contrario de lo que ocurre con la inercia o negativa en ofrecer la pena alternativa. En un caso, la intención del Fiscal es no deducir la pretensión

⁶⁹⁷ Véase GOMES, L.F., *Suspensão...*, cit., págs. 140-145, una crítica seria a la doctrina brasileña de la *facultas agendi*.

acusatoria común, y en el otro de no deducirla, o de no mantenerla⁶⁹⁸. También, en los casos de desestimación de la fundamentación de la negativa del Ministerio Público, no se aplica el artículo 28 del Código Procesal Penal.

Según el artículo 60 de la Ley 9.099/95, el Juzgado Criminal, ámbito en que se aplican las medidas alternativas, puede ser compuesto únicamente por Jueces togados -de carrera-, o togados y legos⁶⁹⁹. El artículo 73 de la misma ley establece que la conciliación será conducida por el Juez o por el conciliador, bajo orientación del primero. No hay referencia si la figura del conciliador se refiere únicamente a la composición de los daños de naturaleza civil, o si se relaciona también con la conciliación criminal. Como el propio legislador se refiere a la conciliación como género -la de los daños y la criminal son especies-, y que en el artículo 73 de la Ley 9.099/95 señala que la conciliación será conducida por un Juez o por un conciliador, bajo la supervisión del primero, el acto de transacción criminal podrá ser conducido por un Juez lego. La actuación de los Jueces legos dependerá de la facultad que cada Estado les atribuya, pues la Constitución Federal, en su artículo 24, X, posibilitó que las unidades federativas, de forma concurrente, pudiesen legislar sobre la creación, funcionamiento y proceso de los Juzgados Especiales.

⁶⁹⁸ Según PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados*..., cit., pág. 152, debe aplicarse el artículo 28 del Código de Proceso Penal. Asimismo, FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, págs. 97 y 88, se decanta por la no aplicación del artículo 28 del Código de Proceso Penal.

⁶⁹⁹ La participación ciudadana, con Jueces legos está en pleno funcionamiento en el Tribunal del Jurado, pero se desconoce su actuación, en el ámbito criminal, fuera de este Tribunal especial, lo que no ocurre en la esfera civil, donde actúan, en las causas de menor complejidad, bajo la supervisión de un Juez togado. También, aunque por una motivación diferente, en la Justicia Militar hay una participación de Jueces legos, originarios de la propia corporación.

Sin embargo, el análisis de los presupuestos legales de admisión o no de la pretensión alternativa, bien su extensión, son funciones intransferibles del Juez togado, pues es quien posee la jurisdicción criminal con exclusividad. Además, la actuación del Juez lego se limitaría a la conciliación, no pudiendo presidir actos típicos de la jurisdicción.

La presencia de abogado en la audiencia en que será propuesta la aplicación de la medida alternativa es preceptiva. El legislador determinó que el abogado del autor del hecho deberá ser intimado de la audiencia preliminar -primera oportunidad de la transacción criminal (arts. 68, y 76 Ley 9.099/95)-. Para que la audiencia preliminar se realice, es necesaria la presencia de abogado (art. 72 Ley 9.099/95), y para que el acto produzca sus efectos, según la ley, se hace necesaria la aceptación del autor del hecho, y de su abogado (art. 76, § 3º, Ley 9.099/95). Por lo tanto, al acusado sin defensor el Juez deberá nombrar uno de turno. Además, compete al letrado, ante la inercia del Ministerio Público, solicitar la aplicación de la sanción alternativa. La presencia obligatoria del abogado defensor se justifica pues es quien orientará al autor del hecho sobre la conveniencia de aceptar o no la medida alternativa, y sobre las posibilidades de una condena o de una absolución.

La Constitución Federal, además de establecer en su artículo 133, que el abogado es un elemento esencial de la administración de justicia, en su artículo 5, LV, determina que a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados la contradicción y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes. Asimismo, el Código Penal, en sus artículos 261 y 263, señala que ningún acusado, ausente o desaparecido, será procesado o juzgado sin defensor, además de existir la obligación del Juez en el nombramiento de abogado al acusado que no lo indique.

Sin la presencia del autor del hecho y su aceptación, no habrá transacción criminal. La ley determina su intimación para el acto y la necesidad de la aceptación de la propuesta del Ministerio Fiscal (arts. 68, 72, y 76, § 3º, Ley 9.099/95). Por lo tanto, la aceptación de la pena es personalísima, no pudiendo ser prestada por terceros. Como hemos señalado para la conformidad⁷⁰⁰, la eventual divergencia entre el acusado y su abogado se resuelve a favor del acusado, pues es quien cumplirá la sanción, aunque sin los efectos de una condena, cumpliendo al abogado la orientación técnica⁷⁰¹.

Para que el acusado tenga derecho a la alternativa legal, no podrá haber sido beneficiado por la transacción en los últimos cinco años. El legislador no esclarece si los cinco años se suman de la fecha de la aplicación de la medida o de la fecha de su cumplimiento. Ante esta evidente oscuridad, la interpretación deberá ser a *favor rei*, o sea, deberán contarse los cinco años de la firmeza de la sentencia que aplica la medida, sin que la falta de cumplimiento, por sí sólo, aparte un nuevo derecho (art. 76, § 2º, II, Ley 9.099/95).

El imputado no podrá haber sido condenado por un delito, a una pena privativa de libertad, para que tenga derecho a la sanción alternativa. Por lo tanto, una condena por una falta, o por un delito a una sanción diversa de la privativa de libertad -multa, por ejemplo-, no impide la aplicación de la medida alternativa. Asimismo, la existencia de una sentencia definitiva, siempre que no sea firme, no impide la concesión del beneficio. La sentencia de condena impedirá el beneficio hasta que produzca efectos penales, o sea, hasta los cinco

⁷⁰⁰ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, b.

⁷⁰¹ DAMÁSIO DE JESUS, E., *Lei dos juizados especiais criminais anotada*, Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 214; y FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, págs. 93 y 94, con el fundamento de que en el principio de la amplia defensa está la defensa personal y la técnica, se decantan por una interpretación contraria.

años del cumplimiento de la condena, o de la extinción de la punibilidad (art. 64, I, CP, y art. 76, § 2º, I, Ley 9.099/95).

Además, la aplicación de la pena de multa o de la sanción restrictiva de derechos han de ser suficientes a la reprobación jurídica (art. 76, § 2º, III, Ley 9.099/95). El merecimiento de la alternativa a la pena privativa de libertad y a los efectos de una condena será informado, según el legislador, por los antecedentes, por la conducta social y por la personalidad del autor del hecho, además de los motivos y las circunstancias de la práctica de la infracción criminal.

La falta de capacidad del Estado en controlar las transacciones criminales, los antecedentes penales y la reincidencia, dificultan sobremanera el análisis de los impositivos a la concesión del beneficio. Además, no hay una delimitación legal de cuándo los antecedentes son favorables⁷⁰², de cuándo la conducta social puede ser considerada a favor del autor del hecho, ni cuando la personalidad puede ser tomada en cuenta a favor o en contra al mismo. Impera una absoluta interpretación subjetiva en el momento de la medición de la pena -estas mismas circunstancias, entre otras, son valoradas por el Juez en el momento de la medición de la sanción-.

El perjudicado también deberá ser intimado para el acto donde se hará la transacción criminal, pero no participa directamente de ella. El legislador ha exigido su presencia porque en la misma audiencia donde ocurrirá la transacción, se realizará, antes de ella, la composición civil, y la víctima tiene la posibilidad de representar en el acto, en los “delitos semipúblicos”. La composición civil sí ocurre entre el autor del hecho y el ofendido (arts. 70, 71,

⁷⁰² Según STJ de 23 de noviembre de 1998 (*DJU* de 17 de febrero de 1999, pág. 171, *Rec.Esp.* núm. 167.369), el archivo del expediente investigatorio y la sentencia penal de absolución no pueden ser considerados como antecedentes desfavorables.

72, y 75 Ley 9.099/95). Sin embargo, el ofendido no participa en la transacción penal (art. 76, § 3º, Ley 9.099/95). Aunque la transacción penal ocurra entre el Ministerio Público y el autor del hecho, sin la participación del perjudicado en la efectividad del acuerdo, la víctima puede ingresar en el proceso como parte secundaria y, en esta cualidad, podrá recurrir para discutir la inexistencia de los requisitos legales a la transacción criminal (art. 598 CPP)⁷⁰³.

Como hemos referido anteriormente, la transacción criminal es admitida únicamente en las infracciones criminales de menor potencial ofensivo, o sea, en las faltas y en los delitos cuya pena máximo en abstracto no supere a un año de privación de libertad. El legislador ha excluido, injustificadamente, de la menor entidad de la infracción, las que siguen un proceso especial -tóxicos, delitos contra el honor, por ejemplo-. En los casos de competencia originaria de los Tribunales, en esencia, no hay un proceso especial, sino ordinario, aplicándose los institutos de la Ley 9.099/95⁷⁰⁴.

Como la Constitución Federal relegó la definición de lo que constituye una infracción penal de menor potencial ofensivo a la ley ordinaria, no hay prohibición de que otras leyes federales disciplinen la materia, como ha ocurrido posteriormente, con la Ley 9.503/97, de 23 de septiembre -Código de

⁷⁰³ PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit., pág. 151, se decantan por un entendimiento contrario, con el cual no concordamos, o sea, de que el ofendido no tiene una interferencia en la tentativa de transacción penal.

⁷⁰⁴ Véase STF de 24 de abril de 1996 (*DJU* de 24 de mayo de 1996, pág. 17.412, *Inq.* núm. 1.055-3) en el sentido de aplicación en los hechos de competencia originaria de los Tribunales. Además, la decisión señala que la Ley 9.099/95 modificó el panorama penal brasileño, pues ha creado instrumentos despenalizadores, con la finalidad de instituir un nuevo modelo de Justicia Criminal, que privilegie la aplicación del consenso, valorizando la manifestación volitiva de los sujetos que integran la relación procesal penal.

Tráfico-. Así, en los delitos de lesión corporal negligente (art. 303 CTB), conducción bajo influencia de alcohol u otra sustancia estupefaciente (art. 306 CTB), y de competición automovilística no autorizada (art. 308 CTB), cuya penas máximas en abstracto son de dos, tres y dos años, respectivamente, por fuerza del artículo 291, § único, del Código de Tráfico brasileño, es posible la transacción criminal. Además, la Ley 9.605/98, de 2 de febrero, que dispone sobre los delitos contra el medio ambiente, en su artículo 28, amplía el concepto de delito de menor potencial ofensivo a los penados con pena mínima en abstracto, no superior a un año, pues hace expresa referencia al artículo 89 de la Ley 9.099/95.

Las divergencias de interpretación acerca de la exclusión o no de las faltas⁷⁰⁵ con el proceso especial del concepto de infracción de menor potencial ofensivo se debe a la oscura redacción del dispositivo legal, el cual siembra la duda sobre si la exclusión se refiere a todas las infracciones o únicamente a los delitos que siguen un proceso especial⁷⁰⁶. Ante esta defectuosa redacción, la mejor interpretación es considerar todas las faltas, por su esencia de menor potencialidad ofensiva, independientemente de tramitar de acuerdo con un proceso especial, como infracciones de menor entidad.

⁷⁰⁵ BITENCOURT, C.R., *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996, pág. 58; FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.* págs. 30 y 31; PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit., págs. 69 y 70; PODVAL, R., "Juizados especiais cíveis e criminais", en *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, RT, São Paulo, 1997, pág. 1.769; y TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, vol. 4, pág. 164, consideran todas las faltas como infracciones de menor potencial ofensivo, independientemente del proceso: ordinario o especial. En contra, DAMÁSIO DE JESUS, E., *op. cit.*, pág. 61.

⁷⁰⁶ "Art. 61. Se consideran infracciones criminales de menor potencial ofensivo, para los efectos de esta ley, las faltas y los delitos a que la ley conmine pena máxima no superior a un año, exceptuados los casos en que la ley prevea un proceso especial".

En el concepto de infracción penal de menor potencial ofensivo hay que considerar las causas especiales de aumento o de disminución de la pena, valorando lo que más beneficie al autor del hecho, o sea, cuando se trata de una causa especial de aumento, el aumento mínimo, y cuando se trate de una causa de disminución, la reducción máxima. Así, en los delitos tentados, la reducción máxima -dos tercios-, deberá incidir sobre la pena máxima en abstracto -límite que informa la menor entidad-, como si el delito hubiera sido consumado⁷⁰⁷.

El Código Penal brasileño determina que en los delitos intentados, excepto alguna disposición legal en contra, se castiga con la pena correspondiente al delito consumado, con una reducción de uno a dos tercios (art. 14, § único). Estas circunstancias, en una operación normal de aplicación de la pena, son consideradas en la tercera fase de su medición, tras haber sido fijada una pena básica, entre el mínimo y el máximo en abstracto, observados los antecedentes, la culpabilidad, la personalidad, y la conducta social del condenado, los motivos, las circunstancias y las consecuencias del hecho, y el comportamiento de la víctima. Sobre esta pena, ahora ya judicial, aunque provisoria, inciden las circunstancias agravantes y la atenuantes previstas en ley -reincidencia, confesión, por ejemplo-, en una operación única, con aumento o disminución de la pena básica. Sobre esta resultante se aplican las causas especiales de aumento y de disminución, previstas tanto en la parte general del Código Penal, como las de la parte especial. Sin embargo, como no hay una operación para fijar la pena y analizar si la infracción es o no de menor potencial ofensivo, la incidencia debe ser sobre el máximo en abstracto.

Otra cuestión que es discutible dice respecto a la aplicación de la transacción criminal y la competencia procesal, en los supuestos de una

⁷⁰⁷ DAMÁSIO DE JESUS, E., *op. cit.*, pág. 41; y PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, pág. 71, se decantan por la reducción mínima, o sea, de un tercio en caso de tentativa, en contra a nuestro posicionamiento.

infracción criminal de menor potencial ofensivo, conexas con otra que no la sea. Las dos situaciones comportan un examen por separado: aplicación del beneficio despenalizador, y del proceso sumarísimo.

Las reglas del concurso de delitos son normas de aplicación de pena, de medición de la sanción, aplicables según el principio del *favor rei*. En el *concurso formal* del artículo 70 del Código Penal, se aplica la más grave de las penas posibles, con el aumento de un sexto hasta la mitad, siempre que la suma de las penas no sea más favorable al acusado. En la continuación delictiva del artículo 71 del Código Penal, también se aplica la pena del delito más grave, con el aumento de un sexto hasta los dos tercios. Además de la consideración individual del delito en la aplicación de la pena, también en la extinción de la punibilidad, según el artículo 119 del Código Penal, incidirá sobre la pena de cada uno. La situación más favorable al acusado, por lo tanto, como regla, es la consideración en separado de cada delito. Sin embargo, debe primeramente verificarse si es posible la aplicación global del beneficio legal, o sea, considerar el delito con el aumento, y no siendo posible, pasar al análisis de cada uno por separado⁷⁰⁸.

Del punto de vista procesal, también hay que considerar la situación que más favorezca al acusado, o sea, cuál es el proceso que garantiza más el derecho de defensa: ¿el ordinario, el sumario, o el sumarísimo? Aunque en el sumarísimo exista una defensa previa a la viabilización de la acusación y el interrogatorio del acusado es el último acto de la instrucción, el enjuiciamiento por los procesos ordinario y sumario, respectivamente, ofrecen más amplitud

⁷⁰⁸ Véase STJ de 1 de julio de 1998 (*DJU* de 28 de septiembre de 1998, *Rec. Esp.* núm. 110.655) cuando señala que en la hipótesis de acumulación objetiva entre un delito que se enjuicia por el Código Procesal Penal y otro por la Ley 9.099/95, habrá dos procesos, pues una ley ordinaria no puede afrontar los principios constitucionales.

defensiva, debido a la respuesta escrita, la extensión de la prueba que puede producir, los plazos más dilatados, incluso de la impugnación de un eventual fallo de condena. Por lo tanto, nos decantamos por la unidad de proceso, sin perjuicio de la aplicación en separado de los beneficios de la pena alternativa a los delitos⁷⁰⁹.

Diferentemente es la situación en que las demás circunstancias de los delitos no autoricen la aplicación de la medida despenalizadora, pero esto carece de una motivación del órgano acusador y del Juez o Tribunal. También, debe ser exceptuada la competencia constitucional del Tribunal del Jurado.

En la hipótesis del acusado de no ser localizado para ser citado, no obedecerá el proceso sumarísimo, pues la ley determina la aplicación del proceso común, ordinario o sumario. Esto se justifica porque la citación, en el proceso sumarísimo, deberá ser personal (art. 66 Ley 9.099/95). Además, aunque la infracción, por la pena conminada pueda ser considerada de menor entidad, las circunstancias fácticas podrán evidenciar lo contrario, lo que también determina el enjuiciamiento por el cauce común (art. 77, § 2º, Ley 9.099/95), debido a los criterios de simplicidad e informalidad que orienta la Justicia Consensual.

Las partes podrán acordar la aplicación de una pena de multa o de una pena restrictiva de derechos previstas en el ordenamiento jurídico. El Ministerio Público no podrá proponer una pena restrictiva de derechos no prevista en la

⁷⁰⁹ Según FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, pág. 35, la Constitución Federal no contiene una norma de competencia, debiendo ser observado que el Código Procesal Penal determina la reunión de los procesos. También argumenta con la propia Ley 9.099/95, la cual excepciona el proceso sumarísimo en los supuestos de complejidad de las circunstancias.

ley, y tampoco una pena de multa fuera de los límites legales. El Juez también está astricto al principio de legalidad de la penas.

Algunos Jueces y Fiscales, con fundamento en el artículo 5, XLVI, de la Constitución Federal⁷¹⁰, aceptan la prestación social como restricción de derechos -donativos de alimentos, vestuario, por ejemplo-, como sanción alternativa. La Ley 9.714/98 ha añadido como penas restrictivas de derechos la prestación pecuniaria, y la prestación de servicios a entidades públicas, pero no está reglamentado una práctica diaria existente en los Juzgados Especiales Criminales, demostrando, una vez más, que el legislador se ha aislado de la realidad, o ha estado mal asesorado por los denominados juristas que le suministraron los proyectos para las modificaciones en el sistema jurídico.

¿Se hace menester que el Juez haga una medición de la pena? Ya señalamos que es función del Juez la medición de la medida acordada, pero, no hay ninguno impedimento para que las partes convengan una multa determinada, 10.000 pesetas, por ejemplo o que prestará 30 días de servicios a una entidad pública. Cuando esto ocurre, el Juez deberá medir la sanción de acuerdo con las reglas del Código Penal, pues tiene que fundamentar su decisión. Además, esto se hace necesario para que el órgano *ad quem* analice la corrección o no de la aplicación.

El Juez fija la pena de multa en dos etapas. En la primera, calcula el número de días-multa como se fuese a aplicar la pena privativa de libertad, entre un mínimo de 10 y un máximo de 360 días-multa, pudiendo, en circunstancias especiales elevarla (arts. 49, y 59 CP). En la

⁷¹⁰ El artículo 5, XLVI, de la Constitución Federal señala que la ley reglamentará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: a) privación o restricción de la libertad; b) pérdida de bienes; c) multa; d) prestación social alternativa; e) suspensión o interdicción de derechos.

segunda etapa, fija el valor de cada día-multa, de acuerdo con la situación económica del condenado, cuyo valor no puede ser inferior a 1/30 del salario mínimo ni superar 5 veces el salario mínimo (arts 49, § 1º, y 60 CP). Como las penas restrictivas de derechos no tienen una previsión autónoma, o sea, únicamente sustituyen una pena privativa de libertad ya medida, no hay un parámetro legal expreso para su medición. Sin embargo, la aplicación subsidiaria del Código Penal obliga a la observancia de los requisitos de su artículo 59, de necesidad y suficiencia a la prevención y reproche.

Otro requisito objetivo lo es la publicidad de la transacción criminal. No es admisible, diferentemente de lo que ocurre en el sistema del *plea bargaining*, la negociación sin la presencia del órgano judicial, en los despachos de los Fiscales o en los pasillos del Tribunal. La propuesta de aplicación de la sanción alternativa se realiza en acto público, precedido de la convocatoria del Ministerio Fiscal, del autor del hecho, acompañado de su abogado, de la víctima y de su responsable legal (art. 72 Ley 9.099/95). Además, el artículo 64 de la misma ley determina que los actos procesales serán públicos y podrán realizarse en horario nocturno, y en cualquier día de la semana, de acuerdo con las normas de organización judicial. Sin embargo, las normas específicas dependen de una ley de competencia de cada Estado.

Es abominable lo que está ocurriendo en la práctica forense, en algunos territorios y por algunos Jueces y Fiscales, por puro utilitarismo. Antes de la convocatoria de la audiencia preliminar, el Fiscal hace la propuesta de aplicación de la medida alternativa en un escrito, del cual el Juez determina la intimación del autor del hecho para que acepte o no la propuesta. Una vez aceptada, el Juez la homologa, sin la realización del acto público, en evidente perjuicio a la antecedente y preceptiva tentativa de conciliación de los daños, a la transparencia y a la publicidad del acto procesal.

La posibilidad de la transacción criminal en los “delitos públicos”, o en los “delitos semipúblicos”, satisfecha la condición de procedibilidad y los demás requisitos legales, no está siendo puesta en duda. Ésta surge en los “delitos privados”⁷¹¹. Una interpretación literal no admite su aplicación, pues el artículo 76 de la Ley 9.099/95 hace referencia expresa de que en los “delitos públicos” o en los “delitos semipúblicos”, satisfecha la condición de procedibilidad, el Ministerio Público podrá proponer la sanción alternativa. Además, en ningún momento se refiere a la acción penal privada.

Sin embargo, el legislador tampoco no ha prohibido la transacción criminal en los delitos cuya iniciativa de provocar la jurisdicción dependa de la iniciativa del perjudicado, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en el delito de daño (art. 163 CP), y en el delito de ejercicio arbitrario de las propias razones (art. 345 CP). Además, en los “delitos privados” es donde se verifica una mayor amplitud del poder de disposición de las partes en lo que respecta al ejercicio de la acción penal, a la deducción y al sostenimiento de la pretensión acusatoria.

Otro requisito es la preceptiva antecedencia de la tentativa de composición de los daños de naturaleza civil, materiales y/o morales, pues, habiendo composición y tratándose de “delitos privados” o de “delitos semipúblicos”, la víctima o quien tiene legitimidad para deducir una pretensión acusatoria -“privados”-, o la representación -“semipúblicos”-, no podrá actuar

⁷¹¹ Según FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, pág. 88, no es admisible la transacción penal en la acción penal privada, pues el *ius puniendi* no pertenece al ofendido, sino únicamente el *ius persecuendi in iudicio*. Sin embargo, TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, vol. 4, págs. 165 y 166, señala que la transacción penal también es posible en los delitos que se procede mediante iniciativa privada, por tratarse de instituto benéfico al reo. El STJ de 21 de octubre de 1999 (DJU de 22 de noviembre de 1999, pág. 164, HC núm. 8.480), decidió que tanto la transacción criminal, como la suspensión condicional del proceso se aplican a los procesos criminales de acción penal privada.

más en virtud del mismo hecho (art. 74, § único, Ley 9.099/95). Incluso, en la ley que define los delitos contra el medio ambiente, la previa composición del daño ambiental es condición para la transacción criminal (art. 27 Ley 9.605/98).

En cuanto a los requisitos de actividad, cumple señalar los momentos procesales en que podrá ser exteriorizado el acuerdo criminal. Los presupuestos de lugar, de tiempo y de forma pueden ser analizados conjuntamente. Tras la actuación de la autoridad policial y remesa del expediente investigador al Poder Judicial, el proceso se divide en dos fases. En la primera, el Ministerio Público, satisfechos los requisitos legales, solicita, por medio de un escrito, la designación de una audiencia. En ésta, el primer acto es la tentativa de composición de los daños de naturaleza civil entre el autor del hecho y la víctima. Cuando el acuerdo civil no es impeditivo de la deducción de una pretensión penal -“delitos públicos”-, o cuando la composición civil no obtiene éxito, se pasa para la tentativa de transacción criminal entre el Ministerio Público y el autor del hecho, o entre las partes, admitida la posibilidad en los “delitos privados”. En los “delitos semipúblicos” el acusador oficial no podrá hacer la propuesta de aplicación de una pena alternativa sin la satisfacción del requisito de procedibilidad *-representação-* el cual podrá ser implementado en el acto. Este es el primer momento en que se posibilita la transacción criminal.

Estimada la transacción, el Juez la homologa y aplica la pena, reduciendo en acta sólo lo esencial. No obteniendo éxito el acuerdo, en el acto, el Ministerio Público o el actor privado podrán deducir la pretensión acusatoria común, de forma oral, con intimación de todos los presentes. Se designa una segunda audiencia. En esta segunda fase el primer acto es la tentativa de composición de los daños y el acuerdo criminal. El legislador se refiere expresamente a estas segundas tentativas siempre que “no hubiere habido posibilidad” en la fase anterior (art. 79 Ley 9.099/95).

Por lo tanto, la conciliación debe ser renovada independientemente de los motivos que llevan a la imposibilidad en la primera fase. La imposibilidad puede haber ocurrido por ausencia de cualquiera de los interesados, o porque el acusado no hubiera aceptado la propuesta. Además, como la intención, tanto del legislador constitucional, como del ordinario, fue potenciar el consenso, la interpretación no puede ser restrictiva, sino ampliada (art. 98, I, CF, y art. 2 Ley 9.099/95).

No obtenida la extinción anticipada del proceso, este sigue su cauce, con la resistencia a la pretensión acusatoria, de forma oral, análisis de los requisitos de procedibilidad de la acusación, instrucción contradictoria, alegaciones orales y sentencia en el acto. Ante la complejidad fáctica, el cauce procesal no será más el sumarísimo, sino el común, ordinario o sumario, no apartándose la hipótesis de una infracción que siga un proceso especial.

El legislador ha otorgado estas dos oportunidades para que se produzca la transacción criminal. ¿Podrá haber conciliación mientras se desarrolla el juicio oral? Una interpretación restrictiva de la ley negaría esta posibilidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta todos los fundamentos de la aplicación de las medidas alternativas, tanto el de evitar el estigma del proceso, como el de la aplicación de una pena privativa de libertad, o de una penalidad común, con todos sus efectos. Por lo tanto, siempre que hubiere acuerdo entre las partes, nos decantamos por admitir la transacción criminal, hasta la firmeza de la sentencia.

El argumento de que ya existe una pretensión acusatoria común deducida, incluso su recibimiento, no es suficiente porque la propia ley permite la transacción criminal tras estos actos procesales, en el segundo momento procesal en que puede ser efectuada.

¿Podrá la sanción alternativa ser concedida por el órgano *ad quem*, fuera de los casos de su competencia orginaria? Habiendo impugnación de la decisión que desestima la transacción criminal, el órgano *ad quem* podrá modificar el fallo *a quo* y homologar el acuerdo, determinando el retorno del proceso al juicio de origen para que el Juez aplique la sanción alternativa, observándose el doble grado jurisdiccional. Esto siempre que hubiera impugnación de la decisión, en el plazo legal.

F) Efectos

No se admite transacción penal en la fase preliminar. La actividad de averiguación de la autoridad policial *-termo circunstanciado-*, o eventualmente investigatoria *-inquérito policial-*, está hecha, y el expediente ya está en el ámbito del Poder Judicial. La abreviación de la fase de investigación no depende de la transacción criminal, pues es un presupuesto del propio proceso sumarísimo, que no exige una investigación completa para empezar.

Eventualmente, la transacción penal podrá influir sobre la producción de la prueba pericial, pues la autoridad policial no deberá esperar su realización para enviar el *termo circunstanciado* al Juzgado (art. 69 Ley 9.099/95).

El acuerdo criminal prestado en el primer momento procesal impide la deducción de la pretensión acusatoria ordinaria, pues ésta únicamente es ofrecida cuando no se realiza la transacción criminal en la audiencia preliminar (art. 77 Ley 9.099/95). Sin embargo, el acuerdo criminal también puede ser prestado tras la formalización de la acusación común (art. 79 Ley 9.099/95).

Independientemente del momento procesal de la ocurrencia del acuerdo, hubo provocación jurisdiccional por la acusación. Por lo tanto, fue ejercida la acción penal. Aunque en lo que respecta a la pretensión, sí hay reflejos importantes. En el momento en que el acusador propone la aplicación de una sanción alternativa, está deduciendo una pretensión *sui generis*, debido a la posibilidad de negociación y la ausencia de consecuencias criminales de una sentencia de condena. El acuerdo criminal tras la deducción de una pretensión acusatoria común, opera un cambio radical en la pretensión, pues permite a su actor alterar *el petitum*, con reflejos sustanciales en las consecuencias jurídicas.

No hay disponibilidad sobre el hecho, en el acuerdo criminal brasileño, independientemente del momento procesal en que ocurra. Tampoco hay alteración en la calificación jurídica, pues no puede haber transacción criminal fuera de las infracciones penales de menor entidad, que se procesan por el rito sumarísimo. Lo que hay es un *petitum* alternativo -primer momento procesal-, o una alteración *in bonam partem* en el *petitum* -segundo momento procesal-, con reflejos, en ambos casos, en las consecuencias jurídicas, incluso sobre el proceso. En consecuencia del ejercicio de la acción, de la aceptación de la pena alternativa en el ejercicio defensivo, y de la actuación jurisdiccional, hay proceso⁷¹². Por lo tanto, no hay una disponibilidad sobre el objeto del proceso, tanto si lo consideramos como siendo el hecho -DE LA OLIVA SANTOS-, como la pretensión -GUASP-, o la satisfacción jurídica de pretensiones y de resistencias procesales -FAIRÉN GUILLÉN-.

En cualquiera de las dos hipótesis, hubo una actuación con soporte en la reglamentación de un juicio de oportunidad en la modalidad de consenso.

⁷¹² Según PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit. pág. 35, la aplicación de la pena alternativa rompe con el sistema tradicional del principio *nulla poena sine iudicio*.

La consecuencia inmediata, del punto de vista procesal, es la terminación anticipada del proceso. No se produce ningún otro acto procesal. En los dos momentos procesales en que se da la transacción, no se producirá la defensa, la instrucción contradictoria, ni el fallo de condena o de absolución.

Ante la transacción, el Juez no podrá añadir otros hechos, alterar la calificación jurídica o la especie de pena conformada, pues resultan del consenso entre las partes. Su función es de estimar o no la transacción criminal y medir la sanción acordada, conforme las determinaciones legales. No se le permite un juicio de mérito de condena o de absolución, pues no hubo una investigación de todas las circunstancias fácticas, ni una instrucción contradictoria. No estimando el consenso, por ausencia de los requisitos legales, el Juez determinará la prosecución del trámite del proceso sumarísimo. La desestimación del acuerdo criminal o su tentativa frustrada no son causas impeditivas del enjuiciamiento por el proceso sumarísimo.

La estimación del acuerdo ocurre a través de una sentencia homologatoria. La aplicación de la medida consensual no genera antecedentes criminales (art. 76, § 6º), ni reincidencia, siendo registrada únicamente para fines impeditivos de un nuevo acuerdo en los próximos cinco años (art. 76, § 4º). Por lo tanto, la medida acordada no genera ningún efecto de una condena o de una pena criminal medida tras un juicio completo.

La pena criminal es aplicada tras un juicio de culpabilidad, lo que no ocurre en la transacción criminal brasileña. Por esto, la pena consensual no es una pena en sentido propio del Derecho penal. No ocurre una renuncia de la incidencia del *ius puniendi* del Estado, pues este es indisponible, y no pertenece a determinados sujetos. En el momento en que se aplica una medida prevista en ley, como reprobación jurídica al autor de un hecho criminal, hubo aplicación

proporcionada del *ius puniendi* del Estado. Por lo tanto, la medida aplicada no tiene las consecuencias jurídicas de una sanción criminal común. Y, no podría tenerlas, pues no hay juicio de culpabilidad. Se trata de una reprobación jurídica especial, aplicada en el ámbito penal, e naturaleza criminal. Por coconsiguiente, no podrá ser añadido ningún efecto de una sentencia de condena -confiscación de arma, por ejemplo-.

Al aceptar la reprobación jurídica propuesta por la acusación, el acusado no está reconociendo su culpabilidad⁷¹³, sino ejerciendo su derecho fundamental de la amplia defensa a través de una estrategia procesal facultativa. Acepta la medida propuesta para no sujetarse al cauce procesal común, para evitar la práctica de actos procesales y para no someterse a una posible sentencia de condena, con todos sus efectos.

El acuerdo criminal no genera efectos en la esfera de la pretensión de naturaleza indemnizatoria. El legislador fue claro: “no tendrá efectos civiles” (art. 76, § 6º, Ley 9.099/95). Así, el perjudicado, en el juicio civil tendrá el cargo de probar la responsabilidad de la parte adversa. En el derecho procesal civil brasileño la regla general es que el actor tiene el cargo de probar los hechos constitutivos de su derecho, y el demandado el cargo de probar los hechos impeditivos o extintivos del derecho del actor (art. 333 CPC). Por lo tanto, la aceptación de la medida criminal alternativa no puede servir de soporte para una condena indemnizatoria.

Se permite, en el derecho brasileño, convencionar el deber de probar.

Sin embargo, la distribución desproporcionada del cargo probatorio

⁷¹³ Véase STJ de 22 de junio de 1999 (*Notícias do STJ*, núm. 24/99, *Rec.Esp.* núm. 172.981), y de 19 de octubre de 1999 (*DJU* de 28 de febrero de 2000, *Rec.Esp.* núm. 153.195), un entendimiento de que el acusado renuncia a algunos derechos disponibles, pues de manera libre y consciente aceptó la propuesta e, *ipso facto*, la culpabilidad.

cuando se trata de derechos indisponibles, o cuando se torna excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio de sus derechos, se constituye en una nulidad. No requieren prueba los hechos notorios, los afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria, los hechos admitidos como ciertos, y los presumiblemente existentes o verdaderos. La falta de reglas probatorias será suplida por la experiencia común del Juez y por las reglas técnicas (arts. 333, 334, y 335 CPC). En el Código de Defensa del Consumidor, cuando el consumidor fuera persona hiposuficiente, se permite la inversión del cargo probatorio, siempre que sus alegaciones se revistieren de verosimilitud (art. 6 Ley núm. 8.078/90).

De la decisión que homologa el acuerdo respecto de la naturaleza de la medida alternativa y hace su medición, se garantiza el doble grado jurisdiccional a través del recurso de apelación⁷¹⁴, que podrá ser juzgado por tres Jueces en actividad en el primer grado de la jurisdicción (art. 82 Ley 9.099/95), dependiendo del reglamento de cada unidad de la federación. Además, otra particularidad de este recurso es que la interposición y el razonamiento ocurren en el mismo acto, y en un plazo de diez días de la intimación de la sentencia⁷¹⁵.

⁷¹⁴ No es propiamente un recurso de apelación, el cual, en el sistema jurídico brasileño es juzgado por los magistrados que ya fueron ascendidos en la carrera, para una instancia superior, o sea, a los Tribunales. Sería más adecuado llamarlo recurso impropio o apelación especial, pues, además de la particularidad de los sujetos, hay un cauce peculiar de interposición.

⁷¹⁵ Aquí reside una de las mayores confusiones hechas por los operadores jurídicos, acostumbrados con la sistemática de la apelación del Código Procesal Penal, según la cual, hay dos plazos distintos, uno para la interposición del recurso de apelación y otro para el razonamiento -como regla, ante el juicio *a quo*- lo que ha generado controversias acerca de su admisibilidad. El STF de 30 de mayo de 2000 (*DJU* de 30 de junio de 2000, *HC* núm. 79.843-8), decidió que el recurso de apelación, para ser admitido, debe obedecer el trámite de la *lex specialis*.

Se justifica este recurso porque la medición de la sanción incumbe al juzgador y no a las partes, que podrán impugnarla. Sin embargo, por lo general, las partes no tienen legitimación para modificar el acuerdo o la medida pactada, pues no podrán contrariar sus propios actos. Excepcionalmente podría admitirse el recurso de apelación modificativo del acuerdo cuando, antes de la firmeza de la decisión, las partes tuvieran conocimiento de alguna circunstancia de hecho con entidad modificativa. Además, como se ha afirmado, el perjudicado tiene legitimidad para recurrir, como asistente de la acusación, y el Juez podrá haber desestimado el acuerdo.

El legislador no ha admitido la apelación sólo para impugnar la sentencia que homologa la transacción (art. 76, § 5º, Ley 9.099/95). Evidentemente que la consecuencia de la desestimación del acuerdo es la posibilidad de continuación del proceso. Hablamos de posibilidad porque la transacción podrá ocurrir antes de que el acusador haya deducido su pretensión acusatoria y, en estos casos, la continuación del proceso dependerá de la deducción de una pretensión acusatoria por el Fiscal. Considerando que uno de los presupuestos del recurso es el gravamen (art. 577, § único, CPP), la no homologación del acuerdo comporta impugnación, tanto por la defensa, como por el Fiscal, o por ambas partes, so pena de vulneración del doble grado de jurisdicción. Se trata de una sentencia que pone fin al proceso criminal, pasible de impugnación por apelación (art. 593, II, CPP)⁷¹⁶.

También hay previsión de los denominados *embargos de declaração*, con la finalidad de que los juzgadores puedan esclarecer oscuridades, contradicciones, omisiones o dudas contenidas en el fallo (art. 83 Ley

⁷¹⁶ En contra, PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit., págs. 156-158.

9.099/95), siguiendo la misma sistemática del Código Procesal Penal, y del Código Procesal Civil.

No hay previsión en la ley especial sobre el *habeas corpus*, el mandado de seguridad, o la revisión criminal. Los dos primeros institutos son verdaderas acciones constitucionales, posibles independientemente de su previsión en la legislación ordinaria. Así, siempre que alguien estuviera sufriendo o se hallara amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder, es posible el *habeas corpus*⁷¹⁷. En esta misma línea, siempre que haya un derecho comprobable por documentos, necesitando de protección, no amparado por la acción anterior, es viable el mandado de seguridad -negativa de devolución de los objetos encausados por la autoridad policial, por ejemplo-.

Es admisible la revisión criminal, pues la ley especial manda aplicar supletoriamente el Código Penal y el Código Procesal Penal, en lo que no la contraria (art. 92 Ley 9.099/95). El Código Procesal Penal permite la revisión

⁷¹⁷ Según STF de 17 de junio de 1998 (*Informativo* núm. 115/98, *HC* núm. 76.915), en que señala la competencia de las *Turmas Recursais Criminais* para el enjuiciamiento del *habeas corpus*; de 31 de julio de 1998 (*DJU* de 18 de agosto de 1998, pág. 7, *HC* núm. 77.647-9), de que es competente para el enjuiciamiento del *habeas corpus* cuando la coactora fuera la *Turma Recursal Criminal*, pues tiene la estructura de órgano colegiado de primera instancia; STF de 10 de noviembre de 1999 (*Informativo* núm. 170/99, *HC* núm. 79.570), que, tras la enmienda constitucional núm. 22/99, continua competente para el enjuiciamiento del *habeas corpus* cuando la *Turma Recursal Criminal* fuera la autoridad coactora, subsistiendo su entendimiento dictado en el *habeas corpus* núm. 71.713 de 26 de octubre de 1994. Sin embargo, véase STF de 21 de agosto de 1999 (*DJU* de 3 de septiembre de 1999, pág. 51, *HC* núm. 79.473-4), cuando señala que la competencia para el *habeas corpus* cuando la autoridad coactora fuera la *Turma Recursal Criminal*, es de los Tribunales de Justicia de los Estados, pues ésta no es un Tribunal Superior, de acuerdo con la enmienda constitucional 22/99. Por lo tanto, el entendimiento del más alto Tribunal no es uniforme sobre este aspecto.

pro reo cuando la sentencia de condena contraría un texto de ley o a la evidencia del contenido del proceso; por falsedad documental, pericial o de las declaraciones contenidas en el proceso; y cuando, tras la sentencia, surgiesen nuevas pruebas de la inocencia del condenado o de circunstancias que determine o autorice una disminución de la pena fijada (art. 621 CPP). Aunque la sentencia que homologa la transacción penal no tiene la naturaleza jurídica de una sentencia de condena, es posible hacer una interpretación *in bonam partem* y admitir la revisión, ya que puede aplicarse una medida de reprobación jurídica.

Contra las decisiones de las *Turmas Recursales*, por no constituirse en Tribunales, no cabe el recurso ordinario al Superior Tribunal de Justicia⁷¹⁸, el cual sería posible tras los Tribunales decidieren los recursos devenidos del primer grado. Sin embargo, en las unidades territoriales que no crearon las *Turmas Recursales*, es posible el recurso ordinario a este alto Tribunal. Siempre cabrá el Recurso Extraordinario al Supremo Tribunal Federal -control de la constitucionalidad-, con fundamento en la vulneración de las normas constitucionales (art. 102, III, “a”, “b” y “c”, CF)⁷¹⁹.

En los supuestos de transacción penal, las costas procesales deberán ser reducidas, de acuerdo a lo que cada ley Estadual específicamente dispone (art. 87 Ley 9.099/95).

⁷¹⁸ Véase STJ de 10 de septiembre de 1996 (*DJU* de 30 de septiembre de 1996, pág. 36.578, *Recl.* núm. 383); y de 9 de mayo de 1993 (*DJU* de 17 de mayo de 1993, pág. 9.340, *Rec. Esp.* núm. 21.664-7), el entendimiento de que no hay posibilidad de recurso al STJ de las decisiones de las *Turmas Recursales*.

⁷¹⁹ Según STF de 8 de junio de 1996 (*DJU* de 21 de junio de 1996, pág. 22.290, *Recl.* núm. 525-9), de las decisiones de las *Turmas Recursales* cabe el Recurso Extraordinario, de acuerdo con las reclamaciones anteriores.

Los problemas jurídicos aumentan cuando el autor del hecho no cumple lo acordado. La multa, según el Código Penal, y el propio artículo 85 de la Ley 9.099/95, podía ser convertida en pena privativa de libertad cuando incumple el pago. Sin embargo, la Ley 9.268/96 modificó el artículo 51 del Código Penal y el artículo 182 de la Ley de Ejecución Penal, prohibiendo la conversión de la pena de multa en una sanción privativa de libertad, tornándola una deuda de valor, con aplicación de las normas de la legislación para cobranza de las deudas activas de la Hacienda⁷²⁰. Asimismo, si el artículo 51 del Código Penal no hubiese sido revocado, la multa acordada no podría ser convertida en pena privativa de libertad, por dos motivos básicos: a) la multa pactada no se origina de un juicio de culpabilidad o de una medición conforme el Código Penal; b) por el fundamento de la transacción penal, que es el de evitar la aplicación de una pena privativa de libertad, por su desproporcionalidad.

Si la multa aplicada tras un proceso común, con todas las garantías y con juicio de culpabilidad, no puede ser convertida en pena privativa de libertad, con más razón la que deviene del consenso entre las partes, a través de un proceso simplificado y renunciativo de importantes garantías procesales.

Lo importante de la discusión también está en considerarla deuda activa de la Hacienda, conforme la multa prevista en el Código Penal, o deuda a ser ejecutada en el ámbito del Juzgado Especial Criminal o de la Justicia común⁷²¹.

⁷²⁰ Según STJ de 5 de septiembre de 1999 (*DJU* de 21 de septiembre de 1999, pág. 99, *Rec. Esp.* núm. 175.909), el Ministerio Público, ante la nueva redacción del artículo 51 del Código Penal, no tiene más legitimación para ejecutar la pena de multa, sino por medio del proceso aplicable a la ejecución de la Hacienda Pública.

⁷²¹ Según FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, pág. 140, la competencia para ejecutar la multa es del *parquet* en el juzgado especial que la aplicó. De acuerdo con TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, vol. 4, pág. 167, la Ley 9.268/96 ha dado una nueva redacción al artículo 51 del

El artículo 86 de la Ley 9.099/95 determina que la ejecución será procesada ante el órgano competente, “en los términos de la ley”, sin decir cuál ley: si la 9.099/95, si una ley estadual reglamentadora, o si la aplicable a la ejecución de la pena del Código Penal. Reina una oscuridad total.

La premisa es que la multa no puede ser convertida en una pena privativa de libertad. La forma de ejecución no podrá seguir el cauce de la ejecución de la multa aplicable tras un juicio condenatorio, pues la ley que modificó el artículo 51 del Código Penal, se refiere expresamente a la multa devenida de una sentencia criminal condenatoria⁷²², lo que no se aplica a la multa acordada. La ejecución deberá ocurrir en el ámbito del propio Juzgado donde ha sido pactada, pues tanto el artículo 98, I, de la Constitución Federal, como el artículo 60 de la Ley 9.099/95 extienden la competencia a la ejecución⁷²³. Además, el artículo 85 de esta ley especial permite que sea reglamentada la conversión de la multa pactada en una restricción de derechos.

Código Penal, considerando la multa una deuda de valor, cuya redacción se ha proyectado sobre la Ley de Ejecución Penal, y sobre el artículo 85 de la Ley 9.099/95.

⁷²² Según STJ de 17 de abril de 1999 (*DJU* de 31 de mayo de 1999, pág. 169, *Rec. Esp.* núm. 172.951), y de 2 de diciembre de 1999 (*DJU* de 14 de febrero de 2000, *HC* núm. 10.198), la sentencia que homologa la transacción penal tiene naturaleza de una sentencia de condena, genera los efectos de cosa juzgada formal y material impeditivas de la instauración de una acción penal. Por esto, debe ser registrada como deuda activa de la Hacienda Pública para ser ejecutada por las vías propias.

⁷²³ Véase PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit., págs. 66 y 67, en el mismo sentido. Asimismo, véase STJ de 15 de abril de 1999 (*DJU* de 31 de mayo de 1999, pág. 169, *Rec. Esp.* núm. 172.951), el entendimiento de que la multa aplicada en virtud de la transacción criminal debe obedecer la ejecución determinada por la Ley 9.268/96, de 1 de abril.

La extensión más grave del problema está en el no cumplimiento de lo pactado en lo que atañe a la restricción de derechos⁷²⁴. Convertirla en pena privativa de libertad es imposible, tanto porque esta no es la filosofía de la Justicia Consensual, como por no haber parámetros legales. Los del Código Penal no sirven porque la restricción de derechos únicamente sustituye una pena privativa de libertad ya fijada, y su incumplimiento implica retorno al *status quo ante*. ¿Cuál es la solución?

Ante esta inusitada omisión, la doctrina ha ofrecido varias soluciones, y los operadores jurídicos hacen verdaderos malabarismos para dar efectividad a la nueva ley. Hay un entendimiento de que el incumplimiento de las medidas pactadas autoriza al acusador a deducir una pretensión acusatoria común⁷²⁵, e incluso de que sería posible la conversión en una pena privativa de libertad⁷²⁶.

⁷²⁴ Según FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, pág. 99, el incumplimiento de la pena restrictiva de derechos implica que sea ajustada otra forma alternativa. Asimismo, TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, vol. 4, pág. 167, se decanta por entender que cuando el autor del hecho no cumple la restricción de derechos, el proceso deberá proseguir, quedándose sin efectos la transacción criminal. Esta última acepción vulnera los más simples principios procesales, como el de la cosa juzgada. Véase STJ de 24 de abril de 1997 (*DJU* de 5 de mayo de 1997, pág. 17.065, *HC* núm. 6.147), cuando pone de relieve que ante la falta de cumplimiento de la prestación de servicios a la comunidad, establecida en la transacción criminal, hay que buscar otra forma de prestación de servicios, y la eventual alteración de la forma de su ejecución, en razón de la imposibilidad de la que fue establecida inicialmente, no configura constreñimiento ilegal.

⁷²⁵ GIACOMUZZI, W. "Aspectos penais na Lei 9.099/95, en *AJURIS*, 1996, núm. 67, pág. 247.

⁷²⁶ Véase BITENCOURT, C.R., *op. cit.*, pág. 111, este inusitado entendimiento. Según STF de 29 de febrero de 2000 (*Informativo* 180/2000, *HC* núm. 79.572), no es posible hacer la conversión de la pena restrictiva de derechos en privativa de libertad, pues la sentencia que homologa la transacción criminal no tiene naturaleza de una condena; y STF de 13 de junio de 2000 (*Informativo* núm. 193/2000, *Rec. Esp.* núm. 268.319), la conversión de la pena restrictiva de derechos en privativa de libertad ofende los principios del *due proces of law*, de la amplia defensa, y el de contradicción, de acuerdo con el artículo 5, LIV y LV, de la Constitución Federal.

Ocorre que la acusación ya ha ejercitado la acción y deducida la pretensión, aunque, esta última, de forma especial. Por lo tanto, el hecho practicado ya ha recibido una delimitación acusatoria, con agotamiento de la actividad jurisdiccional de cognición, restando únicamente su ejecución en el ámbito de los Juzgados Especiales Criminales⁷²⁷. La sentencia homologatoria, como toda sentencia criminal produce la eficacia de cosa juzgada. Por lo tanto, no se puede más discutir en vía criminal la incidencia del *ius puniendi*, por los mismos hechos⁷²⁸. Todavía, no hay mecanismos legales para ejecutar la pena restrictiva de derechos, cumpliendo a los Jueces la convocación de las partes para una audiencia pública, en la búsqueda de una alternativa consensual, so pena del descrédito de la Justicia criminal.

La más grave omisión radica en la falsa reglamentación de la ejecución de las medidas alternativas. Omisión que no es sólo del legislador, sino también de los eminentes juristas autores del proyecto,

⁷²⁷ Véase STJ de 20 de abril de 1999 (DJU de 14 de mayo de 1999, pág. 191, *Rec.Esp.* 194.637); de 25 de abril de 1999 (DJU de 14 de mayo de 1999, pág. 190, *Rec.Esp.* núm. 181.719); de 27 de abril de 1999 (DJU de 31 de mayo de 1999, pág. 190, *Rec.Esp.* núm. 172.951); de 19 de octubre de 1999 (DJU de 28 de febrero de 2000, *Rec.Esp.* núm. 153.195). En contra, STF de 29 de febrero de 2000 (*Informativo* 180/2000, *HC* núm. 79.572), cuando señala que el incumplimiento de la transacción criminal implica retorno al *status quo ante*, pudiendo el Ministerio Público formalizar una acusación. La decisión subraya que la sentencia que aplica la pena en el caso del artículo 76 de la Ley 9.099/95 no es una sentencia de condena, ni de absolución; que es homologatoria de la transacción penal, con eficacia de título ejecutivo judicial, como ocurre en la esfera del derecho civil; que cuando el autor del hecho no cumple con la multa o la restricción de derechos pactadas, el efecto es la desconstitución del acuerdo penal; como consecuencia de esto, el Ministerio Público puede determinar la *persecutio criminis* y deducir una acusación ordinaria.

⁷²⁸ Según STJ de 20 de abril de 1999 (DJU de 31 de mayo de 1999, pág. 169, *Rec. Esp.* núm. 172.951), la sentencia homologatoria de la transacción penal, por su naturaleza de condena, produce la eficacia de cosa juzgada formal y material, lo que impide, en los supuestos de incumplimiento del acuerdo por el autor del hecho, la instauración de la acción penal.

que no fueron lo suficientemente competentes para dar al legislador un proyecto digno de sus experiencias jurídicas. Hasta hoy, a pesar de los constantes reclamos doctrinales, reina un silencio caustral, como si la culpa por el descrédito del sistema se pueda atribuir a los operadores jurídicos. ¿Cómo dar eficacia a una ley que no fue pensada y trabajada? Resta la ufanía de la amplitud del territorio brasileño de los autores del anteproyecto. Se consigna como ya se ha dicho, que no hubo ni siquiera una discusión parlamentaria, cayendo, la nueva ley, como un paracaídas desgobernado sobre el sistema jurídico brasileño.

Importantes efectos devienen también de la pluralidad subjetiva y de la pluralidad objetiva. Aquí, la ley también silencia de forma olímpica. Manteniendo la misma línea que defendemos para la conformidad, la solución habrá de ser a favor de la transacción criminal⁷²⁹. Así, es posible homologar la transacción criminal de un autor, sin que sea necesaria la anuencia de los demás autores del hecho o de autores de hechos diferentes, reunidos en virtud de la conexión o continencia. También, es posible que un autor acepte la medida alternativa en relación a un hecho, y no en relación a otro, aunque estén enjuiciados en el mismo proceso. La solución es la separación de las situaciones.

A hilo de efectos, también hay que analizar las hipótesis de desclasificación de un delito para infracción de menor potencial ofensivo, tras un proceso común, ordinario o sumario. ¿Cómo deberá proceder el Juez? Condena y aplica la pena debida, remite el proceso a los Juzgados Especiales Criminales, o designa una audiencia para la transacción criminal. La solución más científica recomienda que se dicte la sentencia, reconociendo el hecho delictivo y la culpabilidad del autor, sin medir la sanción, y convocar a las partes para fines de aplicación de la medida alternativa, pues la calificación

⁷²⁹ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, c.

jurídica adecuada es una infracción criminal de menor entidad, y, en teoría, ya existía en el momento de la deducción de la pretensión acusatoria, cuyo juicio fue provisorio.

La cuestión inversa también es posible. Durante el trámite del proceso sumarísimo podrá el acusador añadir otros hechos o modificar la calificación jurídica de modo a excluir esta modalidad de proceso. Esto implicará la remesa del proceso al Juzgado competente.

La situación se torna más complicada en los procesos de competencia del Tribunal del Jurado. El Magistrado-Presidente, tras la instrucción contradictoria, podrá entender que la calificación jurídica adecuada a los hechos probados no sea de competencia del Tribunal del Jurado. Vislumbrando que se trata de una infracción penal de menor potencial ofensivo, deberá remitir el proceso al Juez competente. También, la desclasificación podrá ocurrir durante el veredicto de los jurados. Estos podrán operar dos especies de desclasificación, la propia y la impropia. En la desclasificación propia, los jurados no admiten su competencia para dictar el veredicto, pues no se trata de un delito doloso contra la vida -de homicidio tentado para lesiones, por ejemplo-. La particularidad del sistema brasileño es que los jurados únicamente deciden que no son competentes, sin decir cuál es el delito residual, por medio de un juicio negativo sobre la tipicidad. Por lo tanto, los jurados no podrán manifestarse sobre la transacción penal. En la desclasificación impropia -reconocimiento del exceso negligente en la legítima defensa, por ejemplo-, los jurados emiten, con su veredicto, un juicio positivo de tipicidad, motivo por el que cabe al Magistrado-Presidente decidir. Este no podrá cambiar la soberanía del veredicto condenatorio de los jurados, el cual tiene rango constitucional.

Como no hay una declaración de culpabilidad, tanto del acusado, como del Juez, cuando estima el acuerdo y aplica la pena alternativa devenida de un juicio ordinario, no hay ofensa al principio constitucional de la presunción de inocencia⁷³⁰.

La resolución de 27 de enero de 1987, del Tribunal Constitucional alemán señaló que la permisibilidad del consenso entre el órgano jurisdiccional y las partes no afecta, por lo general, la Constitución, siempre que se respeten los derechos de la defensa, la igualdad de los ciudadanos y la presunción de inocencia. La sala ha puesto de manifiesto que un ataque al principio del proceso con todas las garantías sólo es cuestionable si se tratara de necesidades jurídicamente inevitables. El principio de justicia, la obligación del Estado de proteger la seguridad de los ciudadanos y la confianza en la efectividad de las instituciones estatales así como la pretensión de igualdad de tratamiento entre todos los imputados en el proceso penal, tanto en el mantenimiento de la acusación penal como en el propio desarrollo procedimental del mismo, no son principios afectados, de modo general, por el consenso⁷³¹. Reconoce, esa decisión, que un proceso penal garantista se basa en principios legales, los cuales sirven de límite al consenso. Más específicamente, en decisión de 7 de junio de 1989, decidió que también ha de llegarse a una situación garantista en el acuerdo criminal⁷³².

⁷³⁰ Según PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados....*, cit., pág. 39, no se puede sustentar, de sana conciencia, que la transacción criminal vulnera el estado de inocencia.

⁷³¹ Véase BARONA VILAR, S., *La Conformidad....*, cit., pág. 167 y en DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 678, que añade otras dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán, de 7 de junio de 1989 y de 4 de junio de 1990.

⁷³² *Vid.* BARONA VILAR, S., *La Conformidad....*, cit., pág. 173.

2) ACUERDO CIVIL CON EFECTOS CRIMINALES

La composición pecuniaria del delito representó una evolución con relación a la venganza privada. Todavía, en este período histórico, no había una concepción pública de los delitos, de la jurisdicción criminal, y de los intereses públicos involucrados en la aplicación del *ius puniendi*.

El legislador brasileño no ha retornado en el tiempo, o sea, a la época de la composición privada del delito, sino que ha permitido la autocomposición de los daños civiles en el ámbito de la jurisdicción criminal, con efectos criminales en la hipótesis que ha transferido la titularidad de la acción -“delitos privados”-, o ha exigido la manifestación volitiva de los perjudicados para su inicio -“delitos semipúblicos”-.

La responsabilidad civil, según proclama el Código Civil brasileño, es independiente de la criminal. Sin embargo, ya no se podrá cuestionar la existencia del hecho, o quién es su autor cuando estas cuestiones se hallaren decididas en el juicio criminal (art. 1.525). La obligación de reparar los daños decore de la culpa *aquiliana* (art. 159 CC)⁷³³, o del contrato (art. 1056 CC)⁷³⁴.

⁷³³ “Art. 159. Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viole un derecho, o cause perjuicio a otro, está obligado a reparar el daño. La verificación de culpa y la evaluación de la responsabilidad se regula por lo dispuesto en este Código, artículos 1518 a 1532 y 1537 a 1553”.

⁷³⁴ “Art. 1.056. No cumplida la obligación o dejando de cumplirla por el modo y en el tiempo debidos, responde el deudor por las pérdidas y daños”.

La sentencia criminal condenatoria se constituye en título ejecutivo civil (art. 584, II, CPC)⁷³⁵. Únicamente necesita de una delimitación del *quantum debeat* en el juicio civil para ser ejecutada. Aunque, la sentencia absolutoria criminal no produce cosa juzgada en el juicio civil. Asimismo, cuando la sentencia reconoce que el hecho no ha existido (art. 66 CPP)⁷³⁶, o cuando el autor del hecho ha actuado en estado de necesidad, en legítima defensa, en estricto cumplimiento de un deber legal, o en el ejercicio regular de un derecho, la sentencia criminal produce cosa juzgada en el juicio civil (art. 65 CPP)⁷³⁷.

En el ámbito de la Justicia Criminal, según el Código Procesal, no se admite deducción de una pretensión de naturaleza civil (art. 64)⁷³⁸. Ejercida la acción penal, el Juez civil podrá suspender el proceso civil hasta el fallo definitivo de la acción penal (art. 64, § único, CPP). La existencia de una cuestión prejudicial civil se resuelve, como regla, con la suspensión del proceso criminal (arts. 92-94 CPP).

⁷³⁵ “Art. 584. Son títulos ejecutivos judiciales. I – la sentencia de condena dictada en un proceso civil; II – la sentencia penal de condena, devenida firme; III – la sentencia arbitral y la sentencia homologatoria de la transacción o de la conciliación; IV – la sentencia extranjera homologada por el Supremo Tribunal Federal; V – la certificación del reparto de bienes de herencia”.

⁷³⁶ “Art. 66. No obstante la sentencia absolutoria en el juicio criminal, la acción civil podrá ser propuesta cuando no hubiese sido, categóricamente, reconocida la inexistencia material del hecho”.

⁷³⁷ “Art. 65. Hace cosa juzgada en lo civil la sentencia criminal que reconoce que el acto ha sido practicado en estado de necesidad, en legítima defensa, en estricto cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio regular de un derecho”.

⁷³⁸ “Art. 64. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la acción para resarcimiento del daño podrá ser propuesta en el juicio civil, contra el autor del delito y, si fuera el caso, contra el responsable civil”. Según el artículo 63, “devenida firme la sentencia de condena, el ofendido, su representante legal o sus herederos podrán promover la ejecución, en el juicio civil, para los efectos de la reparación del daño”.

En asuntos de derechos patrimoniales, es posible la conciliación en el ámbito del proceso civil. El Juez tiene el deber de convocar a las partes a un juicio público, antes de producirse la prueba, para tentar conciliarlas (art. 447 CPC). En el proceso sumario, esta audiencia de conciliación es preceptiva (art. 227 CPC). Además del proceso ordinario y sumario, de los procesos especiales típicos del Código Procesal Civil, existe un proceso sumarísimo, esencialmente conciliatorio (arts. 98, I, CF, arts. 2, 3, 21, y 22 Ley 9.099/95).

La novedad surgió con la Ley 9.099/95, pues se posibilitó, no la deducción de una pretensión civil en el ámbito criminal, o la acumulación de las dos especies de pretensiones, sino el acuerdo sobre la reparación de los daños entre el autor del hecho y la víctima, en el ámbito de la Justicia Criminal (art. 72 Ley 9.099/95).

A) Concepto y naturaleza jurídica

En el proceso civil, la conciliación puede ocurrir a través de concesiones recíprocas -transacción-, por abandono de la pretensión por el actor -renuncia-, o por la admisión de la pretensión, con la consecuente abdicación de la resistencia procesal -reconocimiento del pedido o allanamiento-. La transacción podrá evitar el inicio de un proceso declarativo, o terminar uno ya iniciado. La composición endoprosesal puede nacer de la manifestación volitiva de una o de las dos partes, o por iniciativa judicial. Incluso, en determinados casos, la audiencia de conciliación es obligatoria⁷³⁹.

⁷³⁹ Véase BARBOSA MOREIRA, J.C., *O novo processo civil brasileiro*, Forense, Rio de Janeiro, 1998, págs. 81 y 82.

La novedosa composición de los daños civiles en el seno criminal, introducida por la Ley 9.099/95 en el sistema jurídico brasileño, es posible en las infracciones de menor entidad -faltas y delitos con pena máxima en abstracto no superior a un año-. Con la abreviación de la fase preliminar, el expediente que constata la autoría, la materialidad, y recoge los principales datos del hecho y de sus circunstancias, es remitido al Poder Judicial, que, a su vez, pone al conocimiento del Ministerio Público. En el momento en que el *parquet* pide la designación de la audiencia preliminar, provoca la actuación judicial, ejerciendo la acción penal.

Presentes el autor del hecho, el perjudicado, y sus respectivos abogados, el primer acto procesal a ser realizado es la tentativa de composición de los daños civiles. Aún no existe la deducción de una pretensión criminal o civil, pero existe la canalización del latente conflicto de naturaleza patrimonial.

En la audiencia preliminar puede no haber sido viabilizada la composición de los daños -ausencia del perjudicado, ausencia del autor del hecho, no existencia de abogado, por ejemplo-. En estos casos, el Fiscal está autorizado a deducir la pretensión acusatoria, pero no la civil, pues no tiene legitimidad, ni capacidad procesal para actuar. Habiendo la deducción de la pretensión por el acusador oficial, el Juez fijará una fecha para el juicio oral. El primer acto procesal será la tentativa de composición de los daños. En estas hipótesis, tampoco hay una deducción de una pretensión civil, pues el perjudicado no la puede deducir en el ámbito de la Justicia Criminal.

Tanto el autor del hecho, como el perjudicado, no tienen la obligación de aceptar la composición de los daños. Está en la esfera de disponibilidad personal del interesado la asunción del deber de indemnizar o no, de aceptar o no la reparación. No se verifica la existencia de un interés público en la

reparación. Así, la composición civil hace parte de los derechos procesales disponibles. La forma bilateral de la composición -transacción-, la encuadra dentro de la motivación altruista y no egoísta -acepción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO⁷⁴⁰-, de solucionar los conflictos.

La ventaja para el autor del hecho es que el acuerdo civil, realizado en estos dos momentos procesales, impide la deducción de la pretensión acusatoria, independientemente de su ejecución voluntaria o no, produciéndose la eficacia de cosa juzgada en lo civil, siempre tras la firmeza.

Con la canalización del conflicto de naturaleza civil, aunque de forma no aparente y no delimitado, para el seno de un proceso criminal, surgen dos alternativas al perjudicado y al autor del hecho: solucionarlo de forma autocompositiva, o trasladar este conflicto para la esfera civil. La solución inmediata implicará, para su eficacia, como regla, la existencia de concesiones recíprocas. Quizás el más interesado en la autocomposición es el autor del hecho, debido a los reflejos que la composición civil produce en la esfera criminal, pues esta forma autocompositiva excluye la deducción de una pretensión civil y la deducción de una pretensión acusatoria.

Como aún no ha sido deducida una pretensión civil, esta forma autocompositiva no se constituye en una renuncia o en un allanamiento. Esto, como regla, pues no puede ser apartada la hipótesis de que, antes de la comparecencia en el juicio criminal, el perjudicado ya haya deducido una pretensión indemnizatoria en la esfera civil, lo que no le impedirá componer los daños también en forma de renuncia o de allanamiento. Así, la composición

⁷⁴⁰ *Proceso...*, cit., págs. 13 y 72.

civil en el ámbito de la jurisdicción criminal constituye más un medio de solucionar el conflicto civil que un modo de terminar un proceso⁷⁴¹.

Esta forma autocompositiva es dirigida por el Juez y fiscalizada por el Ministerio Fiscal. Por esto, se dice que se trata de una conciliación o de una forma autocompositiva procesal de solución del conflicto. En esta forma de solucionar el conflicto, según el legislador, también podrá actuar un conciliador o un Juez lego. Su actividad se restringe a la aproximación compositiva de los interesados en la composición civil. Además, actuará bajo orientación y supervisión de un Juez (art. 73 Ley 9.099/95).

Por lo tanto, la composición civil es una forma jurídica de solucionar el conflicto de naturaleza privada, situada en la esfera de la disposición subjetiva del interesado en indemnizar o en recibir la indemnización. Esta es la esencia, o la naturaleza jurídica del acuerdo civil realizado en el seno del proceso criminal.

Así, podemos definir la composición de los daños como una forma autocompositiva facultativa de un conflicto civil, aún no formalizado, en el seno de un juicio criminal conducido por un Juez o por un conciliador, bajo supervisión de aquél, con entidad suficiente para evitar la deducción de una pretensión civil y de una pretensión penal acusatoria, siempre que se trate de “delitos privados” o de “delitos semipúblicos”.

⁷⁴¹ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso...*, cit., pág. 68.

B) Fundamentos

Además de los fundamentos meramente utilitarios, que no merecen la pena repetirlos aquí, pues ya fueron exhaustivamente enfocados en la conformidad⁷⁴² del Derecho español, y lo serán en la transacción civil y en la suspensión condicional del Derecho brasileño. El fundamento principal de la composición civil está en la protección de los derechos de la víctima a través del proceso penal.

Asimismo, merece consignación que la autocomposición, antes o después del nacimiento del proceso, se constituye en una fórmula satisfactoria de solución del litigio, por su economía de costo, pero, la espontaneidad del sacrificio de uno puede ser sólo aparente y envolver la capitulación del menos resistente, además de posibilitar a una errónea representación de la realidad, inductora de la composición⁷⁴³.

La composición civil, desde el punto de vista de la criminología y de la política criminal, se fundamenta en la necesidad de proteger los derechos de los perjudicados directamente por el delito, en el seno del proceso penal.

En el sistema brasileño, la víctima⁷⁴⁴, en la fase preliminar, puede ejercer la *notitia criminis*, solicitar diligencias investigadoras (art. 14 CPP), y

⁷⁴² Segunda parte, capítulo II, número I, letra D.

⁷⁴³ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso*, ..., cit., pág. 14.

⁷⁴⁴ Según SCARANCE FERNANDES, A., "A vítima no processo penal brasileiro", en *La víctima en el proceso penal*, (con BERMÚDEZ, V.H.; BERTOLINO, P.J.; GOITÍA, C.A.; KRONAWETTER, A.E.; y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 122 y 123 el Código de Proceso Penal brasileño utiliza la palabra "víctima" como sujeto pasivo de la infracción criminal (arts. 188, III, 240, § 1º, g, y 458, *caput*); la expresión "lesado" como

requerir el embargo de bienes para garantizar una futura reparación (arts. 125-127, y 132 CPP). Asimismo, puede deducir una pretensión criminal en el ejercicio de la acción penal privada, representar al acusador oficial para que ejerza la acción penal, y adherirse a la acusación oficial, en los “delitos públicos”⁷⁴⁵.

A pesar de estas previsiones legales, existe un abandono casi total con la víctima del delito, o sea, una verdadera neutralización de la víctima. En la búsqueda de alguna respuesta, la víctima vive una *via cruxis*. Primero comparece en las oficinas de la policía para denunciar el delito, y después para declarar. En la primera comparecencia en el juzgado criminal ocurre en el juicio oral, donde presta sus declaraciones. Si desea acompañar los actos procesales, deberá habilitarse como asistente de la acusación, a través de abogado, pero como parte secundaria. La sentencia criminal, cuando es de condena, no le da ninguna satisfacción moral o pecuniaria, aunque tenga los efectos de título ejecutivo civil. Para obtener cualquier reparación de los daños, tiene dos alternativas: esperar la solución final del proceso penal, o ejercer la acción civil, deduciendo una pretensión propia.

La ley 9.099/95, aunque tímidamente -infracciones criminales de menor potencial ofensivo-, ha cambiado un poco este panorama, al posibilitar el acuerdo civil en el ámbito de la justicia criminal y la indemnización en la

aquél que ha sufrido el perjuicio decurrente del delito (arts. 119, 122, § único, y 133, § único); y “ofendido” como víctima en sentido procesal (arts. 5, II, 6, IV, 14, 19, 24, *caput*, 24, § único, 30, 31, 32, § 2º, 33, 34, 38, 39, § 1º, 45, 50, *caput*, 63, 127, 234, 140, 142, 201, *caput*, 201, § único, 299, *caput*, 268, 373, 526, 529, *caput*, 529, § único, y 598).

⁷⁴⁵ Con la Ley 8.078/90, de 11 de septiembre -Código de Defensa del Consumidor- podrán intervenir como asistentes del Ministerio Público, en los supuestos de infracción penal definida en esta legislación, las entidades y órganos de la administración pública, directa o indirecta y las asociaciones que defiendan los intereses de los consumidores (arts. 80 y 82).

suspensión condicional del proceso. Sin embargo, el ordenamiento jurídico brasileño se coloca más avanzado en relación con los de Argentina y de Bolivia, que también poseen alguna forma procesal de garantía a las víctimas⁷⁴⁶. Otros países sudamericanos están en vías de cambiar la legislación procesal, y una de las preocupaciones es justamente la protección de la persona de la víctima⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ Según BERTOLINO, P.J., "La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina", en *La víctima en el proceso penal*, (con BERMÚDEZ, V.H.; GOITÍA, C.A.; KRONAWETTER, A.E.; SCARANCE FERNANDES, A.; y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 17, 18, 31 y 42, además de las peculiaridades procesales de cada provincia, la previsión en el Código Penal es que el Juez puede ordenar en la sentencia de condena la indemnización de los daños, y la posibilidad de la víctima de actuar como actor civil en el proceso penal. Asimismo GOITÍA, C.A., "La situación de la víctima del delito en el proceso penal boliviano", en *La víctima en el proceso penal*, (con BERMÚDEZ, V.H.; BERTOLINO, P.J.; KRONAWETTER, A.E.; SCARANCE FERNANDES, A.; y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 103 y 110, señala que en el sistema boliviano la víctima puede deducir una pretensión civil en el proceso penal, además de existir una "Caja de Reparaciones" destinada a la indemnización a las víctimas.

⁷⁴⁷ Según TAVOLARI OLIVEROS, R., en "La situación de la víctima del delito en el proceso penal chileno", en *La víctima en el proceso penal*, (con BERMÚDEZ, V.H., BERTOLINO, P. J.; GOITÍA, C.A.; KRONAWETTER, A.E.; y SCARANCE FERNANDES, A.), Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 174, el proyecto de Código Procesal Penal chileno prevé la posibilidad del Juez de homologar acuerdos entre la víctima y el imputado, cuando se trate de delitos negligentes que no hubieren producido la muerte ni hubieren afectado en forma permanente y grave la integridad física de las personas. Informa, también, que el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal de Colombia establece la extinción de la acción penal por indemnización de los perjuicios en los delitos de homicidio y lesiones culposas. También, KRONAWETTER, A.E., "La emergencia de un 'nuevo' sujeto: la víctima y el imperativo constitucional de su participación en el proceso penal paraguayo", en *La víctima en el proceso penal*, (con BERMÚDEZ, V.H., BERTOLINO, P.J.; GOITÍA, C.A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 201, plantea que el anteproyecto de Código Procesal Penal de Paraguay posibilita la reparación de los daños a las víctimas, luego de lograda la condena del imputado, o la medida de seguridad impuesta a un inimputable, ante el mismo Tribunal que dictó la condena. Véase, asimismo

Del entorno europeo, en Alemania no se conoce la acción penal privada subsidiaria, ni la acción penal popular. La actuación del ciudadano no afectado por el hecho criminal se restringe al ejercicio facultativo de la *notitia criminis*. La víctima puede presentar una querrela, sin que se torne parte en el proceso. Por otro lado, puede adherirse como querellante en los delitos de acción pública, convirtiéndose en parte procesal y ejerciendo la acción penal en los delitos privados⁷⁴⁸. Sin embargo, con la Ley de Protección a las Víctimas de 1986, “se ha reforzado la situación jurídica de las víctimas en el juicio penal. La víctima puede utilizar la asistencia de un abogado y, en caso de falta de medios, se le concede asistencia legal gratuita. El abogado tiene un derecho restringido de acceso a los expedientes y de asistencia a los interrogatorios en la instrucción del sumario”⁷⁴⁹.

En Italia, el sujeto al cual el delito ha causado un daño, o sus herederos, pueden constituirse en parte civil en el proceso penal para obtener el resarcimiento de los daños frente al imputado o al responsable civil. En la práctica, se ejercita de esta manera, en el ámbito del proceso penal, la acción civil⁷⁵⁰.

BERMÚDEZ, V.H., “La participación del damnificado (víctima) en el proceso penal uruguayo”, en *La víctima en el proceso penal*, (con BERTOLINO, P.J.; GOITÍA, C.A.; KRONAWETTER, A.E.; SCARANCE FERNANDES, A.; y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 225-229, algunos avances en el proyecto de reforma de la legislación procesal penal.

⁷⁴⁸ Véase ROXIN, C., “Introducción a la ley procesal...”, cit., pág. 179, que el ofendido puede participar del proceso con la acusación privada (§§ 374-394 CPP), con la acusación particular (§§ 395-402 CPP), y con el llamado proceso de adhesión (§§ 403-406 CPP).

⁷⁴⁹ BOSS, H., “Alemania”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (coordinación de MACIÁ GÓMEZ, R.), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 25 y 30.

⁷⁵⁰ SPATARO, A., “Italia”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (coordinación de MACIÁ GÓMEZ, R.), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 238 y 245.

Efectivamente, la tutela jurídica de los intereses indemnizatorios de la víctima es el principal fundamento del acuerdo civil brasileño. La víctima tiene una enorme posibilidad de obtener la indemnización, pues el legislador, en contrapartida, estableció la ventaja al autor del hecho de que no será demandado criminalmente, siempre que se trate de “delitos semipúblicos” o de “delitos privados”.

Además, si el causador de los daños o el responsable por la indemnización no tienen condiciones de pagar, la víctima no necesita someterse a un proceso civil declarativo. El acuerdo previene el nacimiento de la pretensión, tanto en el ámbito civil, como en la esfera criminal.

Desde el punto de vista procesal, la esencia de la autocomposición civil en el seno de la Justicia criminal, radica en el poder de disposición que la ley confiere a los interesados en reparar el daño, o a los que desean aceptar la reparación. Los intereses en juego son meramente privados, lo que motiva un poder de disposición total del perjudicado y del autor del hecho. No hay un interés público en que se realice o no la composición de los daños, aunque el éxito conciliatorio tenga reflejos criminales. Por esto, la víctima puede, incluso, renunciar al eventual derecho indemnizatorio.

C) Requisitos

La función del Juez no es de mero homologador de la composición de los daños, sino de mediador, conductor del proceso de aproximación del autor del hecho y de la víctima, para que ésta obtenga una reparación inmediata, ya

en la primera comparecencia en el juzgado. Actúa como conciliador, proponiendo la autocomposición de los daños y esclareciendo al perjudicado y al autor del hecho, de todas las consecuencias de la autocomposición, tanto en el ámbito indemnizatorio, como en la esfera criminal. El Juez no ocupa su posición ordinaria procesal, de un tercer supla partes que dictará verticalmente una sentencia, sino de un tercero imparcial actuando en un plano horizontal.

Compete al tercero imparcial mantener el equilibrio entre las partes, de tal modo a evitar que la composición civil se transforme en una verdadera rendición⁷⁵¹, o que los intereses del más fuerte procesalmente supere al *boni iuris* de una de las partes.

La desigual resistencia económica de los litigantes -sin desconocer los abusos procesales cometidos por los insolventes de mala fe-, la lentitud y carestía del proceso, las malas artes o las influencias de una de las partes o de su patrocinador, la desacertada conducción del pleito, por ejemplo, arrastran a autocomposiciones que son más bien rendiciones, en las cuales la decisión altruista viene provocada por la más o menos solapada imposición egoísta del contrario. Esto hace que haya autocomposiciones que oculten o disimulen, con frecuencia, verdaderos actos de autodefensa⁷⁵². El peligro en la autocomposición brasileña prohibitiva de la deducción de una pretensión acusatoria está en la utilización de la fuerza criminal de la representación o de la acción penal privada, para que el perjudicado obtenga no únicamente la reparación del daño, sino una reparación más allá de lo debido. Las víctimas tienen un poder de negociación infinitamente superior al del autor del hecho, que comparece ante un Juez con la amenaza de ser acusado criminalmente y de tener que resistir a una pretensión civil.

⁷⁵¹ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso*, ..., cit., pág. 73.

⁷⁵² Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso*, ..., cit., pág. 73.

Esto no significa que el Juez sea un mero receptor de la manifestación volitiva de las partes, un simple homologador. Como detentor de la potestad jurisdiccional, deberá prestar la tutela jurídica adecuada. Por esto, tiene la misión de analizar los presupuestos del acuerdo. Con esto, no estará invadiendo la esfera de disponibilidad de los sujetos, sino ejerciendo una función constitucional suya. Así, deberá desestimar los acuerdos que no satisfagan los presupuestos establecidos por el legislador. La ausencia o no de demostración de los presupuestos para una pretensión penal acusatoria no impide la homologación del acuerdo civil, pues el ilícito civil no depende de la existencia o afirmación de un ilícito criminal. Además, no hay determinación de inexistencia del hecho.

En el sistema procesal civil brasileño, el *parquet* podrá ejercer el derecho de acción y actuar como fiscal de la aplicación de la leyes, en las hipótesis previstas en ley (arts. 81-85 CPC). La Ley 9.099/95, expresamente determina la comparecencia del acusador oficial en la audiencia preliminar, acto en el cual será tentada la composición civil. La manifestación volitiva del Ministerio Público es esencial en la composición de los daños civiles, aunque ocurra entre el autor del hecho y la víctima, ante el Juez, debido a los efectos que la reparación de los daños produce en el ejercicio de la acción criminal - “delitos privados” y “delitos semipúblicos”- Por eso, el Juez, antes de homologar la composición civil, deberá oír al fiscal respecto de la presencia de los requisitos legales.

Tanto el autor del hecho, como la víctima, deberán comparecer en la audiencia preliminar acompañados de abogado. Ésta no se realizará sin la satisfacción de este requisito legal (art. 72 Ley 9.099/95). Compete al Juez, ante la comparecencia sin abogado, hacer el nombramiento de oficio, para satisfacer el requisito legal, garantizando la defensa técnica y el equilibrio entre las partes.

No es menester que el abogado enseñe el instrumento probatorio de su constitución *-procuração-*, sino que es suficiente la consignación de su presencia y de los poderes que le están siendo otorgados *-apud acta-*.

Es cierto que la víctima y el autor del hecho no están obligados a conciliar, y que la reparación del daño está en la esfera de disponibilidad de los interesados, lo que se extiende a los terceros interesados que eventualmente deberán participar de la composición civil, porque no siempre la composición civil ocurrirá entre el autor del hecho y la víctima directa de hecho, ante la preceptiva presencia de los representantes legales del autor y/o de la víctima. Además, existe la posibilidad de que en la conciliación participen los terceros interesados en la indemnización, como lo son las compañías aseguradoras.

Podrá existir divergencia entre el abogado y la parte, sobre la composición o no de los daños, o a lo que atañe al *quantum debeatur*. Aquí también, como señalamos para la conformidad⁷⁵³, deberá preponderar la manifestación volitiva personal de la víctima o del autor del hecho frente la del abogado *-procurador-*. Ante la manifestación volitiva del sujeto, que desea componer los daños, la actuación del abogado se limitará a la orientación técnica, evitando la confrontación. El abogado se adhiere a la voluntad de su cliente, o se retira del proceso. Además, el sujeto podrá destituir el abogado y nombrar otro. También, el agente no está obligado a aceptar el defensor que le señala el Juez, siempre que motive su renuncia.

La composición de los daños podrá ser dirigida por un Juez lego, o por un conciliador, dependiendo de la disposición legal de cada Estado (art. 73 Ley 9.099/95). Actuará bajo la dirección de un Juez togado, a quien compete

⁷⁵³ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras, F, b.

homologar o no la composición civil, so pena de delegación de la potestad jurisdiccional.

En el proceso criminal, la reparación de los daños de naturaleza civil únicamente es posible en las infracciones penales de menor potencial ofensivo, o sea, en la faltas y en los delitos cuya pena máxima en abstracto no supere a un año (art. 61 Ley 9.099/95). Valen, aquí, las consideraciones hechas sobre este requisito objetivo cuando tratamos de la transacción penal, pues es el mismo para la dos especies de conciliación.

En la transacción criminal y en la suspensión condicional del proceso, como veremos, la discusión gira en torno de su empleo en la acción penal privada. Aquí ocurre justamente lo contrario, pues la divergencia está en su aplicación en los “delitos públicos”. Una interpretación literal del dispositivo legal nos induce a desechar la posibilidad de la conciliación civil en los delitos públicos. Ocurre que la naturaleza de la acción penal no fue puesta como requisito de la conciliación civil. Únicamente, el legislador ha establecido sus efectos cuando es prestada en los “delitos privados” o en los “delitos semipúblicos” (art. 74, § único, Ley 9.099/95). El hecho de omitir los efectos de la composición civil en los casos que se procede por iniciativa del acusador oficial, no significa que la haya prohibido. Asimismo, no podría generar efectos en estas especies de infracciones criminales.

Además de la no prohibición legislativa para que la composición civil ocurra en los “delitos públicos”, uno de sus fundamentos es la reparación de los daños a la persona de la víctima. Por esto, es posible en todas las especies de delitos y faltas, siempre que se constituyan en infracciones de menor entidad, conexas o no con otras más graves.

Admitida la composición civil en las infracciones criminales cuya iniciativa es del órgano oficial, en los delitos contra el medio ambiente, las personas legitimadas para demandar en el juicio civil la condena del autor del daño, o sea, el Ministerio Fiscal, la Unión, los Estados, los municipios y los demás entes colectivos (art. 5 Ley 7.347/85, de 24 de julio) tienen la legitimidad para realizar el acuerdo civil.

La composición civil será realizada en juicio público y reducida a la forma de escritura. La exigencia de la forma escrita es una consecuencia natural de su eficacia de título ejecutivo. En la práctica, la composición civil, como regla, es tentada antes de la deducción de una pretensión civil o criminal, o antes que las partes sean convocadas para una audiencia. Sin embargo, debido a los reflejos que la reparación del daño tiene en la esfera criminal, ésta deberá ser realizada en juicio público, con el control jurisdiccional.

En lo que atañe al momento procesal que la ley posibilita para la composición de los daños, se aplican las mismas reglas de la transacción criminal. La particularidad radica respecto a su prejudicialidad en relación a la transacción criminal cuando se trata de “delitos privados” o de “delitos semipúblicos”. En el momento en que el legislador ha atribuido efectos prohibitivos del inicio en la acción penal, la composición de los daños deberá preceder, necesariamente, a la transacción criminal⁷⁵⁴.

⁷⁵⁴ Véase STJ de 4 de abril de 2000 (*DJU* de 8 de mayo de 2000, pág. 106, *HC* núm. 11.011), cuando anuló un proceso porque el Juez no ha tentado la composición de los daños antes de la transacción criminal.

D) Efectos

La composición de los daños produce efectos en la esfera del derecho civil y también del derecho criminal. Como ya señalamos, la manifestación compositiva es controlada por el Juez, y la decisión que la estima es meramente homologatoria de la emisión volitiva de los interesados. El Juez, por tratarse de derechos disponibles, no podrá modificar la composición civil, tanto en el plano de los hechos, como de la extensión indemnizatoria. La decisión es de homologación de la manifestación volitiva de las partes.

Coherente con lo dispuesto en el Código Procesal Civil, la Ley 9.099/95 estableció que la sentencia homologatoria se constituye en título ejecutivo, a ser ejecutado en el juicio civil competente, y no en el juicio criminal donde ha sido firmado el acuerdo, siempre después de haber ocurrido la firmeza de la sentencia. Sin embargo, la ley no esclarece cuál es el juicio civil competente: si el Juzgado Especial Civil donde tramita el proceso sumarísimo civil, incluso el de ejecución, o si es el juicio civil ordinario. Existiendo los Juzgados Especiales Civiles instalados y en actividad en los Estados, a estos compete la ejecución, excepto si los valores transponen el límite del proceso sumarísimo -520.000 pesetas, aproximadamente- (art. 3º Ley 9.099/95).

También, el legislador no ha esclarecido si el acuerdo civil en la esfera criminal produce cosa juzgada en el ámbito civil. Por su naturaleza eminentemente dispositiva, de derecho disponible, entendemos que las partes no podrán discutir más la responsabilidad civil ni su cuantía en el juicio civil. La consecuencia es la extinción de eventuales procesos en tramitación, con pretensión indemnizatoria por los mismos hechos, y la prohibición de reanudar la discusión civil.

Esto limita la posibilidad de la acción rescisoria, cuando tras la homologación, hubiera fundamento para invalidar la transacción (art. 485 CPC), y la acción anulatoria, para desconstituir la sentencia homologatoria por los vicios comunes a los demás actos jurídicos -incapacidad de la persona, ilicitud o imposibilidad del objeto, no observancia de formalidad legal, ineficacia expresamente prevista o declarada, vicio proveniente de coacción, dolo, error, fraude, o de simulación, por ejemplo-.

Evidentemente que habrá casos en que, antes de ser promovida la ejecución, el acuerdo necesite de una previa liquidación. También, las partes podrán establecer cuáles son los daños que están siendo compuestos, reservándose la eventual discusión de otros daños -como pueden ser los morales-⁷⁵⁵, en otra oportunidad, en el juicio civil. Esto no quita la eficacia ejecutiva del acuerdo homologado.

En la esfera criminal, la composición de los daños produce efectos tanto de derecho procesal, como de derecho material. El legislador, en este aspecto, fue claro. El acuerdo impide tanto que el actor ejerza la acción penal, como que los legitimados para satisfacer la condición de procedibilidad en los “delitos semipúblicos” así actúen. Según la ley, se trata de una renuncia al ejercicio de la acción penal y del derecho de representar (art. 74, § único, Ley 9.099/95). Por lo tanto, no habrá acción, pretensión, ni incidencia del *ius puniendi* del Estado, tras la firmeza del acuerdo.

⁷⁵⁵ Según PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizados...*, cit., pág. 130, la composición de los daños civiles puede ser parcial, aunque la transacción civil implique, como regla, pago recíproco, pues las partes podrán exceptuar la discusión de eventuales daños morales.

¿El no cumplimiento del acuerdo civil autoriza el ejercicio de la acción penal privada y de la representación? Según el artículo 25 del Código Penal, la representación será irrevocable tras la deducción de la pretensión acusatoria. Se justifica esta disposición pues la acción penal continua siendo pública, a pesar de exigir una condición de procedibilidad. Como regla, hasta que no ocurra la caducidad, cuyo plazo no se suspende y no se interrumpe, el legitimado puede ejercer la acción penal o el derecho de representación, que es de seis meses, contados de la fecha de conocimiento de quién es el autor de la infracción criminal (arts. 38 CPP, y 103 CP). El efecto de la caducidad es la extinción de la punibilidad (art. 107, IV, CP). Sin embargo, el legislador no ha otorgado los efectos de la renuncia tras el cumplimiento del acuerdo civil, sino tras su homologación, *rectius*, de la firmeza de la sentencia homologatoria. Así, el incumplimiento del acuerdo no autoriza el ejercicio de la acción penal o de la representación.

Una interpretación literal del dispositivo legal evidencia que la homologación de la reparación beneficia a los que tienen condiciones económicas para repararlo. Estos se librarían del proceso criminal, mientras los pobres -mayoría de los procesados criminalmente-, sufrirían con el proceso criminal. Sin embargo, lo que la ley exige es el acuerdo, y no que haya condiciones para reparar el daño. Por lo tanto, aquél que no tenga condiciones financieras, también podrá acordar la indemnización, sin la posibilidad de ser procesado. Este tratamiento igualitario es una motivación más para no admitir la acción penal privada o la representación en los supuestos de incumplimiento.

El posible acuerdo de los responsables civiles o de los responsables subsidiarios -compañías aseguradoras-, producen los mismos efectos del acuerdo del causador directo del daño. En estos casos, tiene el mismo efecto de impedir la deducción de una pretensión acusatoria y la deducción de una

pretensión indemnizatoria. La renuncia, en las infracciones de menor potencial ofensivo, ocurre con la firmeza del acuerdo, independientemente del recibimiento o no de la indemnización. Es una excepción al artículo 104 del Código Penal⁷⁵⁶, el cual señala que el hecho de recibir la indemnización del daño causado por el delito no implica renuncia de la acción penal privada o de provocar la actuación del acusador oficial.

Tampoco podemos descartar la hipótesis de acumulación subjetiva y/u objetiva envolviendo la reparación del daño. Mantenemos la misma acepción de una interpretación a favor del acuerdo, posibilitándose la separación de los procesos. No siempre el acuerdo civil implicará el impedimento total de la deducción de una pretensión acusatoria, pues en el proceso podrá haber más de una víctima. Cuando únicamente una de ellas acepta el acuerdo, éste no afectará el derecho de las demás víctimas -representación y acción de iniciativa privada-. Por otro lado, cuando sólo hay una víctima y ésta acepta la indemnización de uno de los autores del hecho, siempre que el daño indemnizable sea la consecuencia del mismo hecho, ésta no podrá accionar criminalmente, o representar contra el que no haya indemnizado, pues con la *restitutio* al *status quo ante*, ocurre el impedimento legal, además de aplicarse el principio de la indivisibilidad de la acción penal. También, cabe la composición civil de los daños recíprocos.

La renuncia de la víctima a recibir la indemnización también produce efectos en la esfera criminal, cuando se trata de infracción criminal de menor potencial ofensivo, pues es como si la víctima se diese por satisfecha en el plan

⁷⁵⁶ “Art. 104. El derecho de acción penal privada no puede ser ejercido cuando sea renunciado de modo expreso o tácito. Párrafo único. Importa renuncia tácita al derecho de acción penal privada la práctica de algún acto incompatible con la voluntad de ejercerlo; no la implica, todavía, el hecho de recibir el ofendido la indemnización por el daño causado por el delito”.

material y hubiese ocurrido la *restitutio*, presupuestos de la prohibición del ejercicio de la acción penal privada y de la representación criminal -condición de procedibilidad en los “delitos semipúblicos”-. Además, la composición civil no implica únicamente una obligación de dar, sino también una obligación de hacer o de no hacer. La manifestación volitiva de renuncia, debidamente homologada por el Juez, produce los mismos efectos de la aceptación de una indemnización.

En los supuestos de manifiesta pobreza del autor del hecho o de los responsables por la indemnización, los afectados por el hecho criminal difícilmente llegarían a un resultado útil del proceso, pues no conseguirían tornar efectivo el derecho de recibir la indemnización. Por el contrario, soportarían los costes de un proceso.

En principio, la sentencia homologatoria de la composición civil no es impugnabile. A pesar de la fuerza dispositiva del acuerdo civil, es posible que alguna decisión altere el acuerdo efectuado por las partes, causando un gravamen, uno de los presupuestos del recurso. También, en los supuestos de desestimación del acuerdo civil -ausencia de requisitos legales, por ejemplo-, se produce un gravamen, lo que propicia el recurso de apelación. Además, no se descarta la posibilidad de los embargos declaratorios ante la oscuridad, contradicción, omisión o dudas (art. 83 Ley 9.099/95).

El acuerdo civil realizado tanto en la esfera civil, como en la criminal, devenido de una infracción penal que no sea de menor potencial ofensivo, no producirá efectos de naturaleza criminal. Así, podrá haber representación, acusación oficial y provocación judicial por el actor privado. Sin embargo, lo que no podrá haber es una evaluación posterior del mismo hecho en perjuicio de su autor -por ejemplo, una acusación criminal por un hecho que fue tenido

como infracción de menor potencial ofensivo en el momento de la realización del acuerdo civil-.

Evidentemente que el acuerdo civil, aunque no advenga de un hecho considerado como una infracción penal de menor potencial ofensivo, producirá los efectos de naturaleza civil. Sin embargo, el poder del Juez criminal para homologar acuerdos civiles está limitado por la competencia, o sea, en las infracciones criminales de menor entidad. Por lo tanto, también no producirá efectos de naturaleza civil.

Según el Código de Proceso Civil, las causas civiles serán decididas por el órgano judicial, en los límites de su competencia (art. 86)⁷⁵⁷. Dependiendo de la unidad federativa y del juzgado, el Juez que homologa el acuerdo civil podrá tener competencia total: civil y criminal -sólo un Juez en el Juzgado-. En estos casos, el acuerdo produce sus efectos de naturaleza civil, aunque no se trate de infracción penal de menor potencial ofensivo, por fuerza del artículo 91 del Código de Proceso Civil⁷⁵⁸.

A la validez de la composición civil realizada fuera del límite de las infracciones criminales de menor potencial ofensivo hay que añadir que la ley atribuye fuerza de título ejecutivo a los acuerdos extrajudiciales entre los interesados, siempre que sean firmados por dos testigos, por el Fiscal o por un defensor público o por los abogados de los sujetos (art. 485, II, CPC)⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ “Art. 86. Las causas civiles serán procesadas y decididas, o simplemente decididas, por los órganos jurisdiccionales, en los límites de su competencia, pudiendo las partes elegir el arbitraje”.

⁷⁵⁸ “Art. 91. Rigen la competencia en razón del valor y de la materia, las normas de organización judicial, salvo los casos expresos en este Código”.

⁷⁵⁹ “Art. 585. Son títulos ejecutivos extrajudiciales: II – la escritura pública u otro documento público firmado por el deudor; el documento particular firmado por el deudor y por dos

3) LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

A) Antecedentes

En el plano de los demás ordenamientos jurídicos, es innegable la influencia del Derecho alemán, francés, polaco, y del portugués, los cuales comportan una consignación, aunque breve, debido a la limitación de la investigación.

El archivo⁷⁶⁰, en el Derecho alemán, puede ocurrir en la fase de preliminar, con o sin control jurisdiccional, o tras la deducción de la pretensión

testigos; el instrumento de transacción refrendado por el Ministerio Público, por la *Defensoria Pública* o por los abogados de los sujetos involucrados en el acuerdo”.

⁷⁶⁰ No estamos tratando del archivo por observancia de la estricta legalidad, o sea, del sobreseimiento del procedimiento preliminar investigador cuando no hay indicios de criminalidad, por razones fácticas -no demostración de la materialidad o de la autoría-, jurídicas -inexistencia de los presupuestos de existencia del delito o de la culpabilidad-, y por razones procesales -existencia de obstáculos procesales-. En estos casos, como no se concretó la sospecha inicial, y no se ha producido la eficacia de cosa juzgada, cabe la revisión administrativa por el superior jerárquico del Fiscal. La decisión de archivo deberá ser comunicada al sospechoso, siempre que ya haya sido interrogado, estuviere detenido, hubiere solicitado la intimación o tuviere algún interés especial en el conocimiento del archivo, según el § 170, (2), de la StPO. Esta comunicación se extiende al ofendido, para que pueda impugnar la decisión ante el Fiscal General, con el objetivo de forzar la acusación. La desestimación administrativa autoriza al ofendido a pedir al Tribunal un nuevo examen de la decisión, que podrá ordenar que se ejercite la acción penal. Véase, asimismo, GÖSSEL, K.H., “Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un estado de derecho y

acusatoria. Además, el archivo puede ser provisorio o definitivo -tras el cumplimiento de las condiciones-, con o sin contraprestación del sospechoso o del acusado. En las dos modalidades de archivo, la concordancia del autor del hecho es uno de los requisitos indispensables⁷⁶¹.

El interés en la *persecutio criminis*, en el sostenimiento de la pretensión acusatoria, o en la aplicación del *ius puniendi* puede ser satisfecho con el cumplimiento por el sospechoso, con o sin control judicial, o por el acusado, de ciertas condiciones, legalmente establecidas, en un plazo no superior a seis meses o a un año -prestación alimentaria- (§ 153a, (1), (2), y (3), StPO). Es posible el archivo condicional cuando la pena mínima *in abstracto* sea inferior a un año⁷⁶², y la culpabilidad del autor sea ínfima⁷⁶³.

sobre sus relaciones con la policía”, en *Doctrina Penal*, 1991, año 4, págs. 621 y ss.; y SCHÖNE, W., “Líneas generales...”, cit., pág. 692.

⁷⁶¹ Según BARONA VILAR, S., *La Conformidad...*, cit., pág. 171, al referirse a todas las especies de archivo, “el problema es que en la mayoría de los supuestos, el imputado no participa ni siquiera a través de defensor, sino que éste le comunica el resultado final de las negociaciones sin preguntar previamente su opinión”.

⁷⁶² Según BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., pág. 180, el archivo condicionado tiene su principal campo de actuación en la criminalidad de masa, que afecta a la propiedad, la posesión, así como en materia de tráfico, medio ambiente, fiscal, de derecho económico, y de tráfico de estupefacientes.

⁷⁶³ Según SCHLÜCHTER, E., *Derecho...*, cit., pág. 104, en lugar de la culpabilidad mínima, la práctica forense ha consagrado que es suficiente que su graduación no se oponga al archivo, ampliando la aplicabilidad del precepto, de la criminalidad insignificante a la criminalidad mediana. SCHÜNEMANN, B., “La política criminal y el sistema de derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, tomo XLIV, fascículo I, págs. 709-712, subraya la funcionalización del concepto jurídico-penal de culpabilidad, significando, en un sentido estricto, la posibilidad de comportarse de otra forma, y en un sentido amplio -concepto social de culpabilidad-, la idea de prevención.

El § 153a, (1), 1-3, de la StPO establece las siguientes condiciones: prestación monetaria para reparar los daños causados por el hecho, calculados de acuerdo con las prescripciones del derecho civil; prestación dineraria a una institución pública u otras prestaciones de utilidad pública -prestación de servicios a la comunidad-; cumplimiento de obligaciones alimentarias -modalidad de prestación dineraria, pero con finalidad específica-. También, la legislación sobre estupefacientes, de 1 de enero de 1982, estableció que la acción penal podrá ser suspendida bajo condición de que el acusado acepte someterse a una desintoxicación de al menos tres meses, siempre que la pena prevista sea inferior a los dos años, lo que excluye el tráfico de estupefacientes⁷⁶⁴.

Además del archivo condicional, el Derecho alemán contempla dos especies de archivo incondicional -sin cualquier especie de contraprestación-, el ordinario (§§ 153, (1) y (2), 153b, 153c (1), 154 (1)-(5), 154a (1)-(3) y 154b (1)-(4), StPO), y el especial (§§ 153c, (2), 153, d, (1) y (2), 153e (1) y (2), 154c-e. y 376 StPO). En el primero, el Estado no tiene interés⁷⁶⁵ en la

⁷⁶⁴ Según ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 125, el pago de determinada cantidad de dinero a una institución pública representa un 98% de las condiciones fijadas, y que sólo el 0,5% se destina a la reparación de los daños causados por el hecho. Véase, asimismo, GÖSSEL, K.H., "Principios fundamentales...", cit., págs. 885 y 886, el señalamiento de la repercusión de un caso de archivo con el pago destinado a la indemnización para las víctimas: a finales de los años 60 se descubrió que un somnífero de un laboratorio alemán había acusado daños físicos a recién nacidos. La culpabilidad fue considerada mínima, pero había gran interés en la persecución penal, por lo que se acordó la indemnización de varios millones de marcos a la creación de una fundación de ayuda a las víctimas, con el archivo de las investigaciones.

⁷⁶⁵ Véase ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 110 y 111, que según la jurisprudencia alemana, existe interés público cuando "la paz jurídica se ve perjudicada por encima del círculo vital del perjudicado y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad (§ 376 StPO)." Informa también que la doctrina alemana añade que

persecutio criminis o en el sostenimiento de la pretensión acusatoria, mientras que en el segundo, existe este interés, pero, a él se contraponen, en un grado superior, otros intereses, sea de índole política (§§ 153d, (1) y (2); 153e, (1) y (2), StPO)⁷⁶⁶, dogmático-criminal (§ 154c StPO), o procesal (§§ 154d, y 154e StPO)⁷⁶⁷. Además, no se puede olvidar que la práctica forense alemana ha consagrado el acuerdo sobre el transcurso técnico del proceso, con la finalidad de abreviarlo, con la concordancia de las partes, y el *absprechen*, que es el acuerdo sobre la sentencia, cuando no hay duda sobre la culpabilidad, el imputado repara el daño, o colabora en el esclarecimiento de los hechos, o existan otras circunstancias que justifiquen la disminución de la pena. Este consenso informal ya cuenta con el amén del Tribunal Constitucional, que ha

debe tenerse en cuenta las circunstancias determinantes de la prevención general y especial de la persecución, junto con otros elementos de ponderación (§ 46 StGB).

⁷⁶⁶ El interés político superior a la investigación o al sostenimiento de la pretensión acusatoria se aplica, como regla, en los delitos de puesta en peligro del Estado de Derecho, y de la defensa del *Land*.

⁷⁶⁷ Véase ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 97, y “Incremento...”, cit., pág. 209, la clasificación llevada a cabo por ROXIN respecto a los diversos tipos de interés que se contraponen a la persecución o al sostenimiento de la pretensión acusatoria. Además, ejemplifica como un interés político superior al existente en determinados casos de extranjería, en delitos de puesta en peligro de Estado de Derecho, del *Land*, casos de deportación, delación política, alta traición, de delitos contra el órgano constitucional, algunos hechos referidos en la Ley de Patentes y en la Ley de los Registros Públicos, el arrepentimiento de autores de delitos o partícipes en actos terroristas que colaboren en la aclaración de un delito mayor que afecte la protección del Estado, de tal forma que contribuya para evitar un peligro para la integridad y para la seguridad del Estado. Como ejemplo de interés dogmático, pone de relieve la posibilidad de que la víctima de una coacción confiese el delito o indique quién lo haya practicado, recibiendo, en cambio, el archivo del procedimiento investigador. Asimismo, la abstención de perseguir determinado delito hasta que se resuelva una cuestión civil o administrativa son ejemplos de interés procesal.

puesto de relieve que estos acuerdos no vulneran la Constitución, siempre que se tenga como límite la justicia⁷⁶⁸.

El archivo incondicional, además de la ausencia del interés público, exige que la pena mínima en abstracto no supere a un año de privación de libertad, y que la culpabilidad del autor del hecho sea mínima. En la fase preliminar, como regla, no existe un control judicial, lo que no ocurre con el judicial o consensual -consenso del Fiscal y de la defensa-. Hasta 1993 no se exigía la anuencia judicial en los supuestos de delitos patrimoniales con daños ínfimos. Sin embargo, fue retirado el requisito de delito practicado contra el patrimonio⁷⁶⁹. Así, cuando las consecuencias fueran leves, como suele ocurrir en los delitos de bagatela, el archivo es determinado por el Fiscal, sin necesidad de control judicial. Además, el judicial prescinde de la anuencia del acusado cuando la vista principal no pudiera ser realizada por ausencia del acusado por

⁷⁶⁸ Según BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, págs. 47 y 148, las estadísticas llegan hasta el 50 por 100 de utilización de estos acuerdos al margen de la ley. Véase, asimismo, DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 678, que el Tribunal Constitucional ha reconocido implícitamente estas estrategias negociables, las cuales entrañan una promesa de reducción de la pena, con dispensa de la práctica de la prueba. También, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Justicia a cien por hora...”, *cit.*, pág. 1053, señala que el Tribunal Constitucional no ha considerado estos acuerdos contrarios a la Constitución. MARTÍN OSTOS, J., “La conformidad...”, *cit.*, pág. 1.503, también se practica el acuerdo o conversación entre las partes -*absprache*-, en los procesos en los que el Fiscal solicita penas menos graves, retirándose solicitudes de prueba, renunciándose a recursos, por ejemplo. La doctrina alemana admite que constituye una realidad que necesita de reglamento.

⁷⁶⁹ El Código Penal clasifica las infracciones criminales en delitos graves -*das Verbrechen*-, y delitos menos graves, o sea, con sanción privativa de libertad mínima inferior a un año o con una sanción pecuniaria -*das Vergehen*-. Sin embargo, el robo, por ejemplo, sólo tiene una sanción máxima de 5 años de prisión, sin una pena mínima. Por esto, es considerado como delito leve (§ 242 CP). Esta clasificación, además de influir en los delitos tentados, delimita la competencia material de los Tribunales -*reparto*-.

largo tiempo, o cuando se la considera como oposición a la vista, o por la creación de otro obstáculo (§ 153 (2), c/c § 231, (2), StPO). Asimismo, no es preceptiva la concordancia del acusado cuando este se alejara o estuviera ausente en la continuación de la vista interrumpida, siempre que hubiere sido citado o dispensado de la comparecencia (§ 153 (2), c/c §§ 231, (2), 232, y 233 StPO). La investigación podrá ser reanudada, pues el archivo procesal incondicional no produce la eficacia de cosa juzgada, y el judicial permite el inicio de un nuevo procedimiento investigatorio, siempre que surgieren nuevas circunstancias fácticas que lo desautorice⁷⁷⁰.

Se critica al respecto la falta de transparencia de los acuerdos realizados en la fase de investigación, por el Ministerio Público -responsable por la *persecutio criminis*-, incluso con el sometimiento del sospechoso al cumplimiento de determinadas condiciones, sin el control de un sujeto imparcial⁷⁷¹. Incluso, a partir de 1993⁷⁷², hubo una ampliación del poder de la Fiscalía, no sólo en los delitos patrimoniales, sino en todos los demás, con penas privativas de libertad mínimas que no superen a un año, pueden ser suspensos por decisión exclusiva del fiscal, sin que el ofendido pueda forzar la formalización de una acusación. Además, el consenso puede considerar otras circunstancias, como el honor, la promesa de confianza, la seriedad, el estar de acuerdo, que, no

⁷⁷⁰ Véase GÖSSEL, K.H., “Principios fundamentales....”, cit., pág. 886.

⁷⁷¹ Véase ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...* cit., págs. 86, 87, 117, y 118; BAUMANN, J., “La situación...”, cit., págs. 92 y 93; DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, pág. 678; HASSEMER, W., “Rasgos y crisis...”, cit., pág. 247; y SCHLÜCHTER, E., *op. cit.*, págs. 36 y 37.

⁷⁷² Según SCHLÜCHTER, E., *op. cit.*, pág. 104, no se exige control judicial cuando el delito ha producido meramente consecuencias leves para las que la ley no prevé una pena elevada al mínimo, en una interpretación conjunta del § 153, (1), de la StPO, con el § 142 de la StGB, tras la reforma llevada a cabo en 11 de enero de 1993.

tienen previsión legal, y que se quedan en la esfera subjetiva de interpretación⁷⁷³.

También, el Derecho alemán contempla en la jurisdicción de menores, la posibilidad del fiscal de suspender la persecución, imponer al menor las condiciones que considere más adecuadas, incluso educacionales, pero no pecuniarias, además de poder archivar el procedimiento, desde que estén presentes los requisitos del §153 de la StPO, y que no sea necesaria la intervención judicial. Esta resolución del fiscal no tiene efecto de cosa juzgada, y el archivo exige el control del Juez, pudiendo ser solicitado incluso tras el ejercicio de la acción penal⁷⁷⁴.

Hasta el Código Procesal Penal francés de 1808 no se mencionaba el principio de oportunidad en Francia, pues el Código napoleónico se fundamentaba en la legalidad. Con la entrada en vigor del Código de Instrucción Criminal, se fue poniendo en práctica la costumbre de archivar los asuntos sin gran significado, y que poco afectaban el orden público. Después, hubo una regulación a través de una circular del Ministerio de Justicia, hasta llegar a una admisión por la jurisprudencia -sentencia del Tribunal Supremo de 1826-⁷⁷⁵.

⁷⁷³ BARONA VILAR, S., *La Conformidad...*, cit., págs. 176 y ss., pone de manifiesto, de forma exhaustiva, las modalidades informales de consenso en el sistema alemán; BUTRÓN BALIÑA, P.M., *op. cit.*, pág. 47, se manifiesta sobre los acuerdos informales, que no tienen reglamentación legal expresa, aunque estén admitidos y reconocidos, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia.

⁷⁷⁴ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, págs. 43-46. Asimismo, véase BAROSIO, V. "Il processo penale tedesco dopo la riforma del 19 dicembre 1964", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966, núm. 2, pág. 870.

⁷⁷⁵ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 30

La doctrina francesa ha deducido la disponibilidad del artículo 40 del Código Procesal Penal, aunque no esté expresamente previsto en ley. La persecución penal puede terminar, a instancia del *parquet*, en los supuestos de la pequeña delincuencia, pero no en los delitos graves. Esto se extiende a determinada especie de criminalidad, como la referente a la droga, donde es posible suspender el ejercicio de la acción penal si el delincuente se somete a un tratamiento o a una cura desintoxicantes, siempre que sea el primer delito o, excepcionalmente, en los casos de reincidencia⁷⁷⁶.

Asimismo, a imitación del modelo alemán, se ha instaurado, en el sistema francés⁷⁷⁷, la posibilidad del archivo condicionado mediante el cumplimiento de determinadas condiciones, como indemnizar al perjudicado, o ante el compromiso de no cometer más delitos⁷⁷⁸. La falta de una previsión legal de las hipótesis en que se permite el archivo, la práctica señala los supuestos de política criminal -culpabilidad mínima, economía procesal e imprudencia-; las razones de orden público, cuando la persecución implica mayores disturbios que su omisión; las hipótesis de necesidad pública -aborto

⁷⁷⁶ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 30.

⁷⁷⁷ Véase VITÚ, A., "Los rasgos...", cit., págs. 442-444, que el *Code d'instruction criminelle* de 1808 estuvo en vigor por 150 años, hasta el *Code de procédure pénale* de 1958, modificado por varias decenas de leyes. Las infracciones criminales se clasifican en delitos graves -pena de reclusión de 5 a 20 años o la pena perpetua-, correccionales, o menos graves -penas de dos meses a 5 años, o con multa superior a 6.000 francos-, y las faltas -un día a dos meses de encarcelamiento, o multa de 20 a 6.000 francos. Esta clasificación influye en la competencia, pues los primeros son enjuiciados ante la *Cour d'assises*, que se compone de tres magistrados y nueve jurados; los menos graves por el *Tribunal Correctionnel*, formado por tres Jueces o, en determinados casos, como en accidentes de tráfico, por uno; y las faltas, por el *Tribunal de Police*, órgano unipersonal.

⁷⁷⁸ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 30.

en vísperas de su despenalización, alcoholdependientes sometidos a tratamiento médico, por ejemplo-⁷⁷⁹.

La resolución determinante del archivo se denomina *classement sans suite*, y no constituye un acto jurisdiccional, porque no produce efectos de cosa juzgada, ni es recurrible, según decisión de la Corte de Casación francesa, interpretando el artículo 40 del Código Procesal Penal⁷⁸⁰. No obstante, resta la posibilidad del perjudicado de ejercer la acción civil ante el Juez instructor, o ante el órgano judicial⁷⁸¹. Se posibilita el archivo durante la fase preliminar, en los delitos de escasa importancia, o cuando el autor no tiene antecedentes, o cuando la víctima no muestra interés en el daño sufrido, o por motivación política o social. Una vez tomada la decisión de proseguir, rige el principio de legalidad⁷⁸².

El Código Penal polaco de 1970, en los artículos 27, 28, y 29, permite el archivo condicionado cuando el grado de peligrosidad social del hecho no sea elevado, y la pena *in abstracto* no supere a los tres años de privación de libertad. No se exige anuencia del autor de hecho, ni control judicial. Esta suspensión es posible por el plazo que varía de uno a tres años, bajo

⁷⁷⁹ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 30.

⁷⁸⁰ En este sentido, véase *Códe de procédure pénale*, Litec, Paris, 1998-1999, pág. 53, la decisión de la *Cour de Cassation* de 5 de diciembre de 1972, *Bull.* 375.

⁷⁸¹ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 30.

⁷⁸² Según VITÚ, A., “Los rasgos...”, cit., pág. 448, cuando señala que a diferencia del Derecho alemán, rige el principio de oportunidad, pues el acusador puede elegir tres vías: iniciar la investigación penal ante el Juez de instrucción para la consecución de pruebas; iniciar la investigación ante el Tribunal de policía o en Tribunal correccional, si las pruebas han sido ya recogidas por la policía o la gendarmería; o, finalmente, archivar la causa. Sin embargo, el principio de oportunidad no afecta más que el ejercicio de la acusación, la cual, una vez promovida, no puede ser abandonada por el *parquet*.

condiciones: pedido de perdón a la víctima; prestación de trabajo a favor de la comunidad por no más de veinte horas; o la entrega de una cantidad de dinero a una institución de utilidad pública⁷⁸³.

La suspensión condicional polaca equilibra armónicamente los contenidos dogmáticos-materiales y los procesales. No sólo la ubicación en el Código Penal atribuye el carácter sustancial a la suspensión del proceso, sino la existencia de la poca peligrosidad social del hecho, el cual representa una articulación gradual y cuantitativa del concepto básico de ilicitud. El carácter procesal del instituto emerge de la suspensión del proceso -no de la condena-, del significado despenalizador, por la abreviación de la verificación de la culpabilidad, y por la función resocializadora de las condiciones⁷⁸⁴.

Según PALIERO, la suspensión condicional de proceso es una facultad del Ministerio Público. Sin embargo, cuando la peligrosidad del hecho es ínfima, la facultad se convierte en una obligación legal de archivar el procedimiento, sin condiciones⁷⁸⁵.

La crítica que hemos puesto de relieve cuando tratamos del archivo procesal alemán, en lo que respecta a la ausencia de un control judicial del archivo, y de la fiscalización del cumplimiento de las condiciones se aplica al archivo polaco.

⁷⁸³ Véase PALIERO, C.E., *op. cit.*, pág. 481. Añade, en la página siguiente, que en 1980 el Ministerio Fiscal ha archivado condicionalmente 41 000 procesos, lo que corresponde al 16% de todos los casos tratados por aquel órgano.

⁷⁸⁴ PALIERO, C.E., *op. cit.*, pág. 482.

⁷⁸⁵ *Op. cit.*, pág. 482.

La suspensión provisoria del proceso portugués, por su vez, influenciada por el archivo alemán, por el Derecho francés, y por el archivo condicionado polaco, fue introducido en la reforma de 1987, -modificada por la Ley 59/98, de 25 de agosto-, “como espacio de pacificación y de reafirmación intersubjetiva y estabilizadora de las normas”⁷⁸⁶.

El proceso penal portugués contempla el archivo incondicional (art. 280 CPP), y la suspensión condicional del proceso (arts. 281, y 282 CPP). El primero ocurre cuando la ley penal establece la dispensa de la pena para el hecho cometido -culpabilidad mínima que no justifique la reacción penal-, y estén presentes los presupuestos para su aplicación al caso concreto, mediante concordancia del Ministerio Fiscal y del órgano judicial. Se exige la concordancia del acusado cuando ya ha sido deducida la pretensión acusatoria. La decisión sobre el archivo es irrecurrible⁷⁸⁷.

La suspensión condicional del proceso⁷⁸⁸ es posible en los delitos que no sean penados, en abstracto, con una sanción privativa de libertad superior a cinco años. Durante la suspensión del proceso, que podrá extenderse hasta dos años, no fluye el plazo de prescripción. Se hace necesaria la anuencia del

⁷⁸⁶ COSTA ANDRADE, M., “Consenso...”, cit., págs. 321 y 338. Véase, asimismo, PIRES ROBALO, A.D., *Noções elementares da tramitação do processo penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pág. 103.

⁷⁸⁷ Según MAIA GONÇALVES, M.L., *Código...*, cit., págs. 529 y 530, el archivo en caso de la dispensa de la pena se encuadra dentro del contenido del “principio de oportunidad acusatoria”. Sin embargo, obedece a criterios estrictos de objetividad y de imparcialidad. Se fundamenta en el tratamiento diferenciado a la criminalidad de menor entidad, y en la descarga de trabajo existente en los Tribunales.

⁷⁸⁸ Según COSTA ANDRADE, M., “Consenso...”, cit., págs. 320 y 321, se trata de una medida de política criminal de consenso que se encuadra dentro del binomio legalidad/oportunidad, sin paralelo en del Derecho comparado, por la cantidad de sujetos involucrados.

procesado y del asistente⁷⁸⁹, la ausencia de antecedentes criminales, el carácter diminuto de la culpabilidad y la suficiencia del cumplimiento de las condiciones para la prevención de nuevos delitos. En el caso de una medida de seguridad de internamiento, no es posible la suspensión del proceso.

La suspensión provisoria y condicional del proceso es controlada por el Juez instructor, tras el pedido fundamentado del Fiscal, cuando ya haya terminado la fase preliminar. La naturaleza de la estimación de la solicitud del Ministerio Público, según MAIA GONÇALVES, es meramente homologatoria⁷⁹⁰.

El legislador portugués estableció las siguientes condiciones: la reparación del daño; la satisfacción moral adecuada a los ofendidos; la entrega de una cierta cuantía al Estado o para entidades privadas de solidaridad social; la prohibición del ejercicio de determinadas condiciones; la vedación de frecuentar o de vivir en determinados locales; no acompañar, alojar o recibir determinadas personas; no tener en su poder determinados objetos capaces de facilitar la práctica de delitos; y cualquier otra condición exigible para el caso concreto, siempre que no vulneren la dignidad del procesado. Cumplidas las condiciones, se archiva el proceso, el cual no podrá ser abierto. El incumplimiento de las condiciones implica la continuación ordinaria del proceso.

⁷⁸⁹ Según el artículo 50.1, del Código Procesal Penal, cuando el proceso criminal depende de la acusación particular del ofendido o de otras personas, es preceptiva que esas personas se *queixen*, se constituyan en asistentes y deduzcan la acusación particular. Véase OLIVEIRA, O.M., *Problemática da vítima de crimes*, Rei dos Livros, Lisboa, 1994, págs. 172-180, respecto del concepto de asistente en el Derecho portugués. Asimismo, véase, PIRES ROBALO, A.D., *op. cit.*, págs. 23-31.

⁷⁹⁰ *Op. cit.*, pág. 532.

En el Derecho argentino, la Ley Nacional núm. 24.316/94, de 4 de mayo, incorporó la suspensión del proceso a prueba en el Código Penal, como forma de paralización del proceso, con potencialidad extintiva de la acción penal, en los delitos en que habría la posibilidad del acusado de obtener una condena condicional -pena máxima en abstracto no superior a los 3 años-. La iniciativa es del acusado, que deberá prometer que reparará los daños a la víctima, además de que se someterá a un plan futuro de conducta, por un período de 1 a 3 años. La aceptación no implica confesión, ni reconocimiento de la responsabilidad civil. Para su concesión, se exige la anuencia del Fiscal y homologación del Juez. Cuando la víctima no acepta la indemnización, se tendrá por ejercida la pretensión civil correspondiente⁷⁹¹.

Además de Argentina, en Sudamérica este instituto está previsto en el proyecto de Código Procesal Penal de Chile, que posibilita la suspensión condicional del proceso en los delitos en que la pena que pueda imponerse no exceda de tres años, a pedido del Fiscal al Juez de instrucción, con la concordancia del imputado, siempre que no haya sido condenado por crimen o delito, y que sus antecedentes, conducta anterior y posterior al delito permitan presumir que no tornará a delinquir⁷⁹².

En la *probation* del Derecho anglosajón⁷⁹³, lo que se suspende no es el proceso, ni la ejecución de la pena, sino la fase procesal de medición de la pena -*sentence*-, mediante el cumplimiento de determinadas condiciones cuyo incumplimiento implica medición y ejecución de la pena, pues ya hubo un previo juicio de culpabilidad -*conviction*-. Aunque haya una declaración de

⁷⁹¹ BERTOLINO, P.J., "La situación...", cit., págs. 35 y 36.

⁷⁹² TAVOLARI OLIVEROS, R., "La situación...", cit., pág. 174.

⁷⁹³ Véase MAQUEDA ABREU, M.L., *op. cit.*, págs. 48 y ss., el desarrollo histórico de la *probation* y su comparación con la suspensión de la ejecución de la pena.

culpabilidad, el cumplimiento de las condiciones no genera efectos sobre la primariedad del acusado. En el derecho brasileño, como veremos, no se llega a la fase instructora, no se exige una declaración de culpabilidad, ni hay un juicio acerca de la misma. El sistema contempla, además, el *plea bargaining*, que conlleva un *guilty plea*⁷⁹⁴, y el *nolo contendere*⁷⁹⁵ existentes en este sistema jurídico, que no sirven como antecedentes de la suspensión condicional del proceso brasileño, pues en la primera situación, el acusado se declara culpable y cumplirá la pena, con todos los efectos legales, incluso los de naturaleza civil, mientras que en la segunda situación, declara que no resistirá a la pretensión acusatoria, sin reconocer su culpabilidad o inocencia. En la suspensión brasileña no hay declaración, juicio de culpabilidad, ni declaración de que no resistirá a la pretensión acusatoria, sino el ejercicio de una modalidad de resistencia con la aceptación de las condiciones.

⁷⁹⁴ Según CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996, págs. 67 y 68, el acusado se declara culpable a cambio de ciertas concesiones del representante del Estado. Hay un acuerdo entre la acusación y la defensa.

⁷⁹⁵ Según CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, págs. 65 y 66, el origen del *nolo contendere* se encuentra en el primitivo *common law*, que conllevaba la disposición del acusado en aceptar la imposición de una multa en lugar de asumir el riesgo de una pena de reclusión, confiando en la gracia del monarca. En la actualidad, consiste en la exteriorización de la voluntad del acusado de no contestar a la cuestión de su culpabilidad o inocencia. Sus principales características son la ausencia de reflejos en el juicio civil; y el seguimiento de una sentencia de condena, la cual puede ser utilizada en otros procedimientos donde el hecho de la condena tenga algún significado legal. Véase, asimismo, SILVA SOARES, G.F., *Common law, introdução ao direito nos EUA*, RT, São Paulo, 1999, pág.131, el origen latino de la expresión *nolo contendere*, que significa no quiero litigar, según el cual el acusado no está reconociendo su culpabilidad, no está confesando, aunque el Juez esté autorizado a condenar. Tampoco significa reconocimiento de la responsabilidad civil.

No se encuentra cualquier antecedente legal o de práctica forense de la suspensión condicional del proceso criminal en el derecho interno, aunque tenga habido doctrina que la defendiese⁷⁹⁶. Lo que se contemplaba, y aún se aplica, era la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Además, a partir de 1996, se suspende el proceso cuando el acusado citado por edicto no comparezca, ni constituya abogado defensor. Se trata de una suspensión incondicional del proceso y del plazo de la prescripción, pudiendo el Juez determinar la producción anticipada de pruebas urgentes y decretar la prisión preventiva del acusado (art. 366 CPP).

Sin embargo, en el ámbito civil las partes pueden acordar la suspensión del proceso (art. 265, III, CPC). Además, según el Código Procesal Civil brasileño, es posible la suspensión del proceso por la muerte, pérdida de capacidad procesal de las partes, representante legal o del abogado; por la interposición de la excepción declinatoria de foro, de impedimento o de suspensión del Juez; cuando la sentencia de fondo depender de la declaración de la existencia o inexistencia de relación jurídica constituyente de objeto de otro proceso; cuando no pudiera ser dictada sentencia sobre el fondo, sino tras la verificación de determinado hecho, de producida determinada prueba solicitada a otro juicio; cuando la sentencia de mérito tuviere como presupuesto la decisión de una cuestión de estado; por motivo de fuerza mayor; y en los demás casos previstos en ley (art. 265, I, II, IV, V, y VI).

La comisión encargada de la reforma del Código Procesal también había propuesto la suspensión condicional del proceso, por un período de uno a tres años, mediante condiciones, entre ellas la aceptación del acusado, y la reparación del daño al perjudicado. La suspensión no se restringía a la

⁷⁹⁶ MARTINS BATISTA. W., *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, Saraiva, São Paulo, 1992, págs. 315-330.

postulación del acusador o de la defensa, sino que el Juez podría estimarla de oficio, en los delitos cuya pena no superase a los dos años de privación de libertad. Incluso, las condiciones serían fijadas por el Juez. A pesar de la limitación temporal, la sugerencia de reforma era bien más avanzada en lo que respecta a la garantía del beneficio a los acusados⁷⁹⁷.

La Constitución Federal de 1988 no ha hecho una referencia expresa a la suspensión condicional del proceso criminal, aunque tiene señalada la posibilidad de transacción. En la expresión transacción se puede incluir tanto la denominada “transacción criminal”, como la transacción sobre la suspensión del proceso a prueba. Además, la Constitución Federal, en el artículo 129,I, señala que el Ministerio Público ejercerá privativamente la acción penal en la forma de la ley⁷⁹⁸. La Ley 9.099/95, en un artículo, en las disposiciones finales, reglamentó la transacción sobre el trámite del proceso penal, denominada suspensión condicional del proceso.

B) Concepto

Seguimos el mismo raciocinio utilizado para conceptuar la conformidad⁷⁹⁹, el reconocimiento de los hechos⁸⁰⁰, la composición civil⁸⁰¹ y la

⁷⁹⁷ *Diário Oficial da União* de 25 de noviembre de 1994, págs. 17.858 y 17.859.

⁷⁹⁸ Véase GOMES, L.F., *Suspensão...*, cit., pág. 152, cuando pone de manifiesto que este es el fundamento constitucional de la suspensión condicional del proceso.

⁷⁹⁹ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letra B.

⁸⁰⁰ Véase segunda parte, capítulo II, número 2, letra A.

⁸⁰¹ Véase tercera parte, capítulo II, número 2, letra B.

transacción criminal⁸⁰², o sea, de la definición a partir de las principales características del instituto.

Diferentemente de lo que ocurre con la composición civil y en la transacción criminal, posibles en el proceso sumarísimo, la suspensión condicional se aplica a todos los procesos, incluso a los especiales, siempre que sean satisfechos los presupuestos legales. De cualquier manera, sólo es posible tras la formalización de la acusación -ofrecimiento de la *denúncia*-. Así, tanto la acción penal, como la pretensión acusatoria ya fueron ejercidas. Por lo tanto, cuando se discute la suspensión condicional del proceso, ya se está en una fase eminentemente procesal y judicial⁸⁰³.

Persiste el interés del Estado⁸⁰⁴ en la *persecutio criminis*, y no hay una disposición sobre el *ius puniendi*, cuyo interés público en la punición, y no el subjetivo del acusador, se satisface con el cumplimiento voluntario de ciertas

⁸⁰² Véase tercera parte, capítulo II, número 1, letra B.

⁸⁰³ Diferentemente ocurre en la suspensión del derecho alemán, el cual es posible que ocurra en la fase preliminar (§ 153a, I, StPO), conducida por el Fiscal, o después de deducida la pretensión acusatoria (§ 153a, II, StPO). En la primera situación, la suspensión pone fin a la fase de instrucción, siempre que estén cumplidas las condiciones establecidas.

⁸⁰⁴ En el archivo condicional alemán, existe el interés público en la persecución o en el sostenimiento de la pretensión acusatoria ordinaria, pero en la modalidad de archivo incondicional común, el Estado no tiene interés en la investigación -fase preliminar-, o en el sostenimiento de la pretensión acusatoria ya deducida -fase judicial-, debido a la poca importancia del hecho. Ocurre el archivo sin el establecimiento de cualquier condición. El archivo incondicional de la primera fase recibe control judicial únicamente en los casos especialmente graves. Anteriormente, no se necesitaba de la intervención judicial en caso de delito contra el patrimonio ajeno castigado con pena privativa de libertad inferior a un año. Sin embargo, a partir de 1993, hubo una ampliación de los poderes del Fiscal, sin control jurisdiccional, sin que el ofendido pueda forzar la acusación, como ocurre en el archivo basado en la estricta legalidad.

condiciones, principalmente con la declaración del deber de indemnizar a la víctima, dentro del plazo de la suspensión⁸⁰⁵. Hay una actuación proporcional del *ius puniendi* sobre el acusado, como retribución jurídica al hecho criminal practicado, en las infracciones de mediana ofensividad -pena mínima en abstracto no superior a un año-. Esta incidencia proporcional del derecho de penar, aunque provisoria, no está en la esfera de disponibilidad de un determinado sujeto jurídico, sino que la ley establece el camino que el acusador debe tomar, siempre que estén presentes los requisitos legales. Por esto, desde el punto de vista de la acusación, no se trata de una facultad o de la exteriorización de un juicio ilimitado de oportunidad.

En el momento de la deducción de la pretensión acusatoria, según el legislador, el acusador oficial podrá solicitar al Juez la suspensión condicional del proceso. Ésta no es automática, sino que depende de la aceptación de la defensa, esencialmente de la concordancia del acusado, como ocurre en las demás modalidades de consenso. Según la ley, se hace menester la declaración volitiva en la misma dirección, tanto del acusado como de su defensor (art. 89, § 1º, Ley 9.099/95). Aquí, no hay un deber jurídico de deducir una pretensión alternativa -multa o restricción de derechos, sin eficacia de condena-, como ocurre en la transacción criminal, sino un deber de no sostener la acusación, tras la deducción de una pretensión acusatoria ordinaria, siempre que haya el cumplimiento de las condiciones. El cauce normal del proceso queda suspenso, y se pasa directamente a la ejecución de las condiciones.

La situación es diferente de la que ocurre en la suspensión de la ejecución de la pena, de origen belgo-francesa, pues no hay instrucción

⁸⁰⁵ Lo mismo ocurre en el archivo condicional alemán, en que persiste el interés público en la persecución criminal o en el sostenimiento de la pretensión acusatoria, el cual es reemplazado por una contraprestación del presunto culpable.

probatoria, ni juicio de culpabilidad. Se suspende el trámite normal del proceso y no la resultante -pena-, aunque las condiciones de una y de otra guarden relación y semejanza. En un plano hipotético, pero muy probable, en los supuestos de la suspensión condicional del proceso, el resultado final del trámite normal llevaría a la concesión de la suspensión de la pena. Por esto, se anticipa un resultado final, lo que ha llevado a la doctrina a denominar la suspensión condicional del proceso de *sursis* anticipado⁸⁰⁶, o de *sursis* procesal⁸⁰⁷.

El acusado acepta cumplir determinadas condiciones a cambio de la no continuación del proceso, en el ejercicio de su derecho de defensa, dentro de su esfera facultativa de estrategia defensiva, evitando la incertidumbre de su desarrollo, y de la decisión final. El proceso se queda paralizado en su inicio, pues no se interroga al acusado, y no se produce ninguna especie de prueba. El acusado no está obligado a aceptar la propuesta de suspensión, pues se le garantiza el derecho de probar que la acusación no es verdadera, a una manifestación judicial sobre el fondo. Para esto, puede utilizar todo el cauce procesal que le otorga la ley, con todos los medios legales -amplia defensa-. Sin embargo, tiene la opción legal de truncar el curso natural del proceso, de cambiar el enfrentamiento procesal y la incertidumbre procesal, por el cumplimiento de determinadas condiciones, sin la quiebra de su estado de inocencia.

Como hemos afirmado⁸⁰⁸, al acusado se garantiza el derecho de no declarar contra sí mismo, y de no emitir una declaración de culpabilidad, cuya situación se encuadra dentro de un concepto genérico del derecho de defensa.

⁸⁰⁶ TOURINHO FILHO, F.C., *op. cit.*, vol. 4, págs. 50 y ss.

⁸⁰⁷ DAMÁSIO DE JESUS, E., *op. cit.*, pág. 108.

⁸⁰⁸ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letra B.

En el momento en que el acusado acepta las condiciones está en el ejercicio de una alternativa defensiva que le ha otorgado el legislador.

El tercero imparcial no tiene la opción de convocar o no el juicio, de aceptar o no la suspensión, de concederla o no, en las hipótesis subsumibles en la norma legal. Ante la propuesta de suspensión del proceso, el Juez está obligado a convocar a las partes para que, en un juicio público, acepten o no la suspensión del proceso, y para que discutan las condiciones que se le están enunciando.

Para que esto sea viable, se hace menester el consenso entre el acusador y la defensa, con el debido control judicial. Por lo tanto, el consenso entre las dos partes también es una característica esencial de la suspensión condicional del proceso. No se trata de la aplicación del principio de oportunidad al acusador, sino de la reglamentación de un cierto poder de disposición sobre el sostenimiento de la pretensión acusatoria, más precisamente, de una opción legal de retribución jurídica proporcionada al mismo hecho. Sin embargo, para la defensa, la aceptación de la suspensión sí se encuadra dentro de un poder de disposición total sobre la forma de ejercer el derecho de defensa, o de una estrategia defensiva.

El acusado no está haciendo una declaración de reconocimiento de los hechos, de la calificación jurídica y menos de culpabilidad. El legislador no ha establecido estos requisitos para la suspensión condicional del proceso. Cuando acepta la suspensión del proceso y el cumplimiento de las condiciones, el acusado está ejerciendo su defensa personal, una estrategia defensiva legalmente reconocida.

El Juez no puede examinar el fondo de la pretensión acusatoria, o sea, condenar o absolver al acusado. Su decisión es de estimación o no de la suspensión condicional del proceso, homologando el consenso de las partes, reconociendo, indirectamente, la adecuación jurídica a los hechos descritos, de la pretensión acusatoria, pues, cuando no estén presentes los requisitos legales, cumple al Juez desestimar el consenso y mandar seguir el cauce natural del proceso. No puede añadir otros hechos o alterar la calificación jurídica.

Así, la suspensión condicional del proceso se constituye en un instituto procesal despenalizador, con reflejos en el derecho material, el cual permite que, tras la formalización de la acusación, siempre con la concordancia del acusado, no se realice el juicio oral y no se dicte sentencia, en cambio del cumplimiento de determinadas condiciones, como reprobación jurídica suficiente, o incidencia proporcional del *ius puniendi*, en las infracciones criminales de medio potencial ofensivo, sin que haya declaración de culpabilidad.

C) Naturaleza jurídica

La doctrina brasileña ha señalado que la suspensión del proceso constituye un acto procesal bilateral de postulación, con efectos de derecho procesal y material⁸⁰⁹; una especie de transacción procesal despenalizadora, autorizada constitucionalmente⁸¹⁰; un acto discrecional del Ministerio Fiscal

⁸⁰⁹ PELLEGRINI GRINOVER, A.; MAGALHÃES GOMES FILHO, A.; SCARANCE FERNANDES, A.; y GOMES, L.F., *Juizado...*, cit., págs. 237-239.

⁸¹⁰ FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, págs. 151 y 152.

sobre la *res deducta in iudicio*⁸¹¹; una transacción procesal y no penal, que implica disponibilidad de la acción penal, como manifestación de la oportunidad reglada⁸¹².

No hay duda de que la suspensión condicional ocurre en el seno de un proceso, pues ya hubo la formalización de una acusación, siendo innegable que se trata de un acto procesal, pues depende de la manifestación volitiva de los sujetos procesales⁸¹³. En principio, el acto es bilateral, pues depende del consenso entre la acusación y la defensa. Sin embargo, admitir la bilateralidad como esencia de la suspensión, es negar la posibilidad de la defensa de postularla cuando el acusador no la hubiere hecho, y negar un derecho fundamental al acusado -derecho de defensa-, y la posibilidad del Juez de concederlo ante el pedido de la defensa o de oficio, siempre que estuviesen presentes los requisitos legales. Por lo tanto, la esencia de la suspensión no reside en una bilateralidad.

El acto de postulación o de obtención se caracteriza, según el señalamiento de James GOLDSCHMIDT, por llevar un hecho a la evidencia, como son las peticiones, las afirmaciones y las aportaciones de prueba, para

⁸¹¹ SILVA JARDIM, A., *op. cit.*, págs. 133, 134 y 350.

⁸¹² GOMES, L.F., *Suspensão...*, cit., págs. 147 y 148. El fl. 200 añade que la transacción en la suspensión condicional del proceso tiene la naturaleza del *nolo contendere*, pues el acusado no discute, sino que asume ciertas condiciones, sin discutir su culpabilidad.

⁸¹³ Entendemos que debe ser diferenciado el concepto de hecho jurídico y de acto procesal. Cualquier acontecimiento de la esfera física, siempre que sea considerado por el mundo jurídico -muerte, molestia, por ejemplo-, son considerados hechos jurídicos. Cuando el hecho jurídico tiene reflejo en el Derecho procesal, lo denominamos hecho jurídico procesal. En los hechos jurídicos, hay acontecimientos que no dependen de la voluntad de los sujetos procesales -división del tiempo en días y/o en horas, por ejemplo-. Sin embargo, los actos procesales son actos que dependen de la manifestación volitiva y, siempre que tuvieren relevancia jurídica en el seno de un proceso, así los denominaremos.

obtener una resolución de un cierto contenido. Por esto, pasan por el análisis de la admisibilidad -prevenir la realización de una amenaza jurídica-, o sea, con la verificación del contenido del acto, y por el análisis de la fundabilidad, o sea, si el contenido del acto tiene entidad para conseguir su finalidad. Los demás actos procesales son actos de causación, representados, por ejemplo, por los convenios procesales y por las declaraciones unilaterales de voluntad, y pasan por la valoración de la atendibilidad, o sea, por el análisis de la validez y de la eficacia⁸¹⁴. Cuando la suspensión procesal resulta de un convenio entre la acusación y la defensa, es, al mismo tiempo un acto de causación y de postulación, pues las partes deberán provocar la manifestación judicial y, satisfechos los presupuestos, el Juez no puede negarla. Cuando resulta de la manifestación volitiva unilateral de la defensa, por ausencia de propuesta de la acusación o de su entendimiento de que no están satisfechos los requisitos legales, se trata de un acto procesal de postulación.

Los efectos de la suspensión no son meramente instrumentales, sino que se irradian al derecho material, como por ejemplo, en la extinción de la punibilidad tras el cumplimiento de las condiciones.

La Constitución Federal brasileña, como hemos afirmado, autoriza, de forma genérica, la transacción, en cuyo concepto puede encuadrarse el convenio sobre la no continuación ordinaria del proceso. No siempre representará una negociación, un convenio entre las partes, pues podrá ser concedido a partir de la postulación de la defensa, o de oficio por el Juez. Evidentemente que las condiciones representan una reprobación jurídica despenalizadora, pues no tienen la eficacia de la pena devenida de una sentencia de condena⁸¹⁵. No es un

⁸¹⁴ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letra C.

⁸¹⁵ Véase ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 124, sobre la polémica existente en el Derecho alemán respecto de la naturaleza jurídica de las condiciones del archivo

instituto descriminalizador, pues el delito cometido continua con la amenaza de la sanción común.

La realización o no del convenio procesal no está en la disponibilidad subjetiva de la parte actora -acusador-. Presentes los requisitos legales, el acusador está obligado a negociar la suspensión condicional del proceso, debiendo, en las infracciones de medio potencial ofensivo, motivar su negativa. El cumplimiento de determinadas condiciones a cambio de la suspensión del proceso, con la declaración de extinción de la punibilidad no depende de un juicio subjetivo, arbitrario del acusador, sino que se somete a la determinación legal. Por esto, el Fiscal no actúa con un poder discrecional.

No hay una disponibilidad sobre la acción penal o sobre la deducción de una pretensión acusatoria, pues en el momento de la suspensión del proceso ya hubo una provocación jurisdiccional y una delimitación, aunque provisoria, de la pretensión acusatoria. Con la suspensión, la pretensión cambia de dirección, pues no se dirige más a la obtención de una condena, sino que, con el añadido de la manifestación volitiva del acusado, toma otro rumbo, también

condicional. Para la doctrina mayoritaria -GÖSSEL, HIRSH, KUNZ, NAUCKE, DRHER, DECKER y KLEINKNECHT-, son medidas asimilables a la pena, pues el investigado las cumple para librarse de la investigación criminal, o de la continuación ordinaria del proceso criminal. Según RIES, no son penas, ni sanciones en el sentido de las categorías del derecho penal, ya que no se puede establecer una estrecha relación con la reprochabilidad social que acompaña la pena, ni con la determinación de la culpabilidad. RIES, al analizar el § 153a de la StPO, subraya que se trata de una “sumisión voluntaria” o de una manifestación volitiva en dirección a un acuerdo, “en el que se reconocen diversos elementos similares a los contractuales”. BARONA VILAR, S., *La conformidad...*, cit., págs. 186, 187, 190 y 191, considera las condiciones como penas ordinarias, y que la manifestación del acusado es una confesión, opinión que no compartimos.

provisoriamente, pues el incumplimiento de las condiciones autoriza la reanudación de la pretensión originaria.

Quizás, lo más científico sería delimitar la naturaleza jurídica de los actos de cada sujeto y de las condiciones a las que voluntariamente el acusado se somete. Dentro de esta perspectiva, la negociación o la proposición de la suspensión condicional del proceso no es una facultad del Ministerio Público, sino un deber legal, aunque la ley señale que “podrá proponer...”, lo que deberá entenderse como una previsión abstracta de que habrá o no la propuesta de suspensión por el Fiscal, dependiendo de la presencia o no de los requisitos legales. Presentes los presupuestos legales, la previsión abstracta se convierte en una obligatoriedad.

El acusador no está disponiendo del *ius puniendi*, de la acción o de la pretensión, pues ha provocado la actividad judicial, ha delimitado la acusación, y el derecho de penar se satisface con el cumplimiento de las condiciones. La proposición del *parquet* se orienta por los permisivos legales, y no por su entendimiento particular, subjetivo. El acusador ofrece la acusación ordinaria porque no tiene la certeza de si el acusado aceptará o no la suspensión, ni si el Juez la estimará. La ley le permite dar un nuevo rumbo a la acusación, ante la aceptación del acusado, o sea, no sustentar más la pretensión acusatoria ordinaria, pues el *ius puniendi* se satisface con el cumplimiento de las condiciones. No hay una disminución en el principio de la obligatoriedad de la acción penal, pues ésta fue ejercida y continuará hasta el final, sino lo que ocurre es la modificación provisoria del cauce ordinario de la acción y de la pretensión, con la posibilidad de tornarse definitivo con el cumplimiento de las condiciones.

Tampoco la estimación de la suspensión por parte del Juez significa disponibilidad del *ius puniendi*, el cual tiene plena incidencia con la fijación de las condiciones. El Juez cumple un deber legal de garantizar la aplicación proporcional del derecho de castigar, sin los efectos estigmatizantes de un juicio oral, de una condena, y de la pena privativa de libertad⁸¹⁶.

Las condiciones representan una reprobación jurídica consentida, y se constituyen en sustitutivos de la pena criminal ordinaria, o sea, no tienen la dimensión jurídica de la pena criminal aplicada tras un juicio de culpabilidad. Cumplidas las condiciones, sin la sobrevenida de una causa revocatoria, se extingue la punibilidad del acusado, cuyo estado de inocencia permanece intocable.

Como hemos referido anteriormente, el acusado, cuando se somete voluntariamente al cumplimiento de ciertas condiciones, está ejerciendo su derecho de defensa. No está confesando su culpabilidad. La ley le permite en las infracciones de medio potencial ofensivo, la opción de resistir a la pretensión acusatoria mediante el cumplimiento de ciertas condiciones. Esta opción no la tiene el acusador oficial, ni el Juez, los cuales deberán actuar en obediencia a la legalidad. La proposición de la aplicación proporcional del *ius puniendi*, con la suspensión condicional del proceso, depende fundamentalmente de la defensa. Sin su anuencia es imposible la aplicación del instituto procesal, pues al acusado se le garantiza la amplia defensa, con todos los medios a ella inherentes (art. 5, LV, CF).

Por esto, la esencia o naturaleza jurídica de la suspensión condicional del proceso radica en la opción defensiva del acusado, capaz de suspender

⁸¹⁶ Véase GÖSSEL, K.L., "Principios...", cit., pág. 888, que la actividad del Juez, al estimar el archivo condicional alemán, homologa una medida procesal despenalizadora y resocializadora.

provisoriamente el cauce ordinario del proceso, de anticipar la tutela judicial con la incidencia proporcional del *ius puniendi* del Estado, en las infracciones criminales de medio potencial ofensivo.

D) Fundamentos

Los fundamentos de la suspensión condicional del proceso no son únicamente de índole procesal o material, sino también de política criminal, y criminológicos.

Bajo el prisma de la política criminal del Estado, el fundamento utilitario de la suspensión condicional del proceso es una realidad, pues la intención es de descargar la Administración de Justicia de la demanda procesal, disminuyendo el trabajo de los órganos oficiales que deben actuar en los procesos criminales⁸¹⁷. Sin embargo, no actúa en el acortamiento del proceso, pues la suspensión puede durar más que un proceso normal, o sea, hasta los cuatro años, con necesidad de control del cumplimiento de las condiciones. Además, la revocación de la suspensión implica la reanudación del trámite ordinario del proceso.

La eficacia del instituto está comprometida en el sistema brasileño, debido a la ausencia de un efectivo control del cumplimiento de las condiciones. El legislador, cuando ha introducido la suspensión

⁸¹⁷ Según GÖSSEL, K.H., "Principios fundamentales...", cit., pág. 884, al referirse al archivo condicional alemán, pone de manifiesto que el Estado se contenta con el cumplimiento de determinadas condiciones en vez de la sanción penal comúnmente aplicable, con el objetivo de acelerar la respuesta a la criminalidad medianamente grave.

condicional del proceso no ha dotado a los Juzgados de los mecanismos necesarios para la confiabilidad del *sursis* anticipado. No fue por falta de experiencia, pues lo mismo ocurre con la suspensión condicional de la ejecución de la pena y con las medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad. Esta falta de confiabilidad en el funcionamiento de un sistema alternativo a la pena privativa de libertad, dificulta su aplicación en la práctica.

La suspensión del proceso no evita la fase preliminar de investigación, una acusación formal o la existencia de un proceso criminal. Se fundamenta, más bien, en la posibilidad de evitar el desarrollo ordinario del proceso penal, y de evitar una sentencia de condena, con todos los efectos de una pena criminal común, incluso la privativa de libertad.

Esta anticipación de un resultado final, sin las consecuencias dañosas de una condena, se fundamenta, desde el punto de vista procesal, en el ejercicio de la defensa personal, como la protección del derecho de libertad, pues el acusado no está obligado a aceptar la suspensión y, una vez obtenido el consenso y cumplidas las condiciones, no se le aplicará una pena privativa de libertad por el mismo hecho.

Las exigencias legales para la concesión de la suspensión del proceso prácticamente son las mismas de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad. Incluso, hay una remisión expresa a sus requisitos en el artículo 89 de la Ley 9.099/95. Lo que ocurre es una anticipación de una tutela jurídica, un *sursis* anticipado despenalizador⁸¹⁸, más ventajoso al acusado, pues no conlleva las consecuencias de una condena.

⁸¹⁸ Según ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 123 y HASSEMER, W., “La persecución penal...”, cit., pág. 9, la doctrina alemana señala que el archivo condicionado

No se puede negar el carácter penal de las condiciones de la suspensión del proceso, aunque no tengan los efectos de una sanción criminal devenida tras un juicio condenatorio. Como señalamos, hay incidencia del *ius puniendi* del Estado, pero de forma proporcional entre el hecho practicado y la sanción a ser cumplida. Se fundamenta, pues, del punto de vista desde el derecho penal material, en la retribución criminal proporcional al hecho practicado por el acusado.

Este fundamento es importante en el sistema brasileño, debido a la ausencia de proporcionalidad entre el bien jurídico protegido y la sanción prevista en el Código Penal. Por ejemplo, el delito de hurto simple recibe una pena de 1 a 4 años de reclusión; la estafa, de 1 a 5 años de reclusión; las lesiones corporales leves, de 3 meses a 1 año de detención; el abandono del recién nacido, de 6 meses a 2 años de detención.

Evitar el perjuicio de enfrentar el proceso normal y principalmente el estigma de condenado o de penado, es el fundamento de la suspensión condicional del proceso desde el punto de vista de la criminología. A esto se añade el fundamento resocializador, integrador y preventivo de una sanción criminal alternativa, aceptada y discutida voluntariamente por el acusado.

La preocupación con la reparación de los daños a las víctimas, se erige en el fundamento tanto de política criminal, como procesal y criminológico. El legislador, además de posibilitar la composición de los daños en el ámbito del proceso criminal, de forma inédita en el ordenamiento jurídico brasileño, en las infracciones criminales de menor potencial ofensivo, también, estableció, en la infracciones de mediana entidad, la declaración de la obligación indemnizatoria como condición a la suspensión del proceso.

es un instrumento de las actuales tendencias descriminalizadoras, y de garantía del derecho penal mínimo.

Sin embargo, las víctimas no son llamadas a participar de la suspensión condicional del proceso, ocasión en que el acusado declara que la indemnizará. Su presencia posibilitaría la demostración, aunque de forma unilateral, de la extensión de los daños.

E) Requisitos

Así como hemos hecho para la transacción criminal⁸¹⁹, en primer lugar analizaremos los requisitos de la suspensión condicional del proceso respecto de los sujetos involucrados y, posteriormente, a los objetivos y a los de actividad.

La suspensión del proceso no es posible en la fase preliminar, la cual es conducida por la policía, no influirá sobre la actividad investigadora. Cuando la suspensión ocurre en el proceso sumarísimo, no tendrá reflejos en esta fase, pues ésta fue terminada en el momento de la formalización de la acusación -ofrecimiento de la *denúncia*-.

Como hemos señalado, la suspensión es posible en todos los procesos, incluso en el sumarísimo, en el cual está prohibida la realización de una investigación pormenorizada -*inquérito policial*-⁸²⁰. En este proceso, vencidos los filtros de la composición civil y de la

⁸¹⁹ Véase tercera parte, capítulo II, número 1, letra E.

⁸²⁰ Véase STJ de 4 de mayo de 2000 (*DJU* de 29 de mayo de 2000, pág. 183, *HC* núm. 9.156), cuando señala que es ilegal la instauración del *inquérito policial* con base en el *termo circunstanciado* para que sea propuesta la acción penal en razón de la complejidad de las circunstancias.

transacción penal -el acusado puede no haber aceptado-, en el momento en que se deduce la pretensión acusatoria, el acusado tendrá la posibilidad de negociar o de postular la suspensión condicional del proceso. Así, en las infracciones de menor potencial ofensivo, al acusado se le garantizan las tres medidas despenalizadoras de la Ley núm. 9.099/95, en el siguiente orden: composición civil, transacción criminal y suspensión condicional del proceso.

El Juez competente para el enjuiciamiento es quien analiza los requisitos de admisibilidad de la suspensión condicional del proceso. La formalización previa de la acusación es un requisito que antecede la actuación del órgano judicial. Además, antes de analizar la suspensión del proceso, el Juez deberá verificar si están presentes los requisitos formales de la *denuncia* -descripción del hecho, con todas sus circunstancias, la calificación del acusado o la indicación de su identificación, la calificación jurídica y la indicación de los testigos, según el artículo 41 del Código de Proceso Penal-, y los sustanciales de la pieza acusatoria -tipicidad, existencia de punibilidad, legitimidad de parte o satisfacción de condición exigida para el ejercicio de la acción penal, según el artículo 43 del Código de Proceso Penal. Antes de estimar la suspensión condicional del proceso, el Juez podrá dejar de recibir la *denuncia* -ausencia de las formalidades-, produciendo la eficacia de cosa juzgada formal, o rechazarla -ausencia de los presupuestos sustanciales-, con todos los efectos de la cosa juzgada material. Únicamente cuando la *denuncia* tuviere viabilidad acusatoria es que el Juez analizará los requisitos de la suspensión condicional del proceso.

Como la acusación se formaliza en un escrito entregado en la Secretaría del Juzgado, excepto en el proceso sumarísimo -ocurre en la audiencia-, el Juez deberá convocar a las partes en su presencia para averiguar los presupuestos de la suspensión. El legislador fue claro sobre la preceptiva intervención del órgano jurisdiccional al poner de relieve que “aceptada la propuesta por el

acusado y por su defensor, en la presencia del Juez...”(art. 89, § 1º, Ley 9.099/95). Por lo tanto, la suspensión siempre se somete a la apreciación judicial⁸²¹.

Las partes discutirán la suspensión del proceso, y las condiciones que serán cumplidas, ante el Juez. No se admiten negociaciones previas, en los pasillos o en los despachos del Ministerio Fiscal, como suele ocurrir en el sistema anglosajón.

El debate doctrinal respecto a la posibilidad del Juez de suspender de oficio el proceso, ha sido polémico⁸²². Una interpretación literal del dispositivo

⁸²¹ Diferentemente ocurre con el archivo alemán, tanto el condicional, como en el incondicional, los cuales, en la fase preliminar, conducida por el fiscal, hay casos de inexistencia de cualquier control judicial.

⁸²² Según STF de 14 de diciembre de 1997 (*Informativo do STF*, núm. 92/97, HC núm. 75.343), y de 28 de septiembre de 1999 (*Informativo do STF* 139/99, HC núm. 77.255), la propuesta de la suspensión del proceso cabe al Ministerio Público y que en la recusación, el Juez debe enviar el proceso al Fiscal General, conforme artículo 28 del Código Procesal Penal; Véase STJ de 8 de noviembre de 1996 (*DJU* de 18 de noviembre de 1996, pág. 44.904, HC núm. 5.664), que el Fiscal es el titular del poder de proponer la suspensión condicional del proceso; de 23 de junio de 1998 (*DJU* de 31 de agosto de 1998, pág. 110, HC núm. 7.583), que el *sursis* procesal es un derecho subjetivo del acusado y el Juez no está vinculado a la recusación del Fiscal, debiendo decidir sobre el mismo; de 25 de mayo de 1999 (*DJU* de 14 de junio de 1999, pág. 231, MS núm. 10.225), el señalamiento de que la suspensión condicional del proceso no se queda en la esfera subjetiva del Ministerio Público. Cuando éste deja de ofrecer la propuesta, el Juez, siempre que presentes los presupuestos legales, tiene el deber de decidir sobre el beneficio; de 14 de febrero de 2000 (*DJU* de 10 de abril de 2000, pág. 132, *Rec.Esp.* núm. 154.516); y de 29 de marzo de 2000 (*DJU* de 5 de junio de 2000, pág. 221, *Rec.Esp.* núm. 164.261), que es función del Ministerio Público, ante el derecho público subjetivo del acusado, proponer la suspensión condicional del proceso. En la recusación, por ausencia de los requisitos legales, puede el acusado solicitar la suspensión al Juez, que deberá decidir, no aplicándose el artículo 28 del Código Procesal Penal. Sin embargo, el STJ de 15 de febrero de 2000 (*DJU* de 20 de

legal induce a la prohibición del Juez de ofrecer la suspensión del proceso, pues la ley determina expresamente que “el Ministerio Público, al ofrecer la acusación, podrá proponer...”. Sin embargo, presentes los presupuestos legales, la suspensión se constituye en un derecho del acusado y, ante la inercia del acusador, cabrá al Juez, como garante de los derechos fundamentales del procesado, analizar una solicitud de la defensa o proponer al acusado el cumplimiento de condiciones a cambio del seguimiento de la fase cognitiva del proceso.

Con esto, el Juez no estará ejerciendo una función típica del Ministerio Público, pues el *parquet* ya ha deducido la pretensión acusatoria. Al proponer la suspensión del proceso, el Juez estará garantizando al acusado su derecho fundamental a la amplia defensa, o sea, actúa como guardián del *status libertatis*. Estará juzgando. El derecho de reprobación o no jurídicamente al acusado y de aplicar la sanción proporcionada es del Juez, que estará sólo cumpliendo su función. Esto significa que la actuación del Juez no es de mero homologador de la voluntad de las partes, sino de un controlador efectivo de la suspensión condicional del proceso. Además de la aceptación o no de la propuesta del acusador, también la discusión de las condiciones, del plazo de la suspensión y la forma de cumplimiento, deberán ocurrir en presencia del órgano judicial, el cual no está obligado a aceptarlas, sino que deberá medirlas y fijarlas de acuerdo con la situación concreta, dentro del plazo de dos a cuatro años.

marzo de 2000, *Rec. Esp.* n 165.734) señaló que la atribución de proponer o no la suspensión condicional del proceso es del Ministerio Público, siempre que lo haga con fundamento, debiendo ser aplicado lo dispuesto en el artículo 28 del Código Procesal Penal cuando el Juez no esté conforme con la manifestación del acusador. De acuerdo con FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, págs. 166 y 167, la suspensión condicional del proceso es una facultad discrecional del Ministerio Público.

El Juez asume una función esencial en el consenso criminal. Es su deber garantizar la igualdad entre el fiscal y el sospechoso o acusado, por medio de su participación activa en el acuerdo, estimando o desestimando las condiciones, las cuales, por representar en una reprobación jurídica, una sanción alternativa proporcionada, deben ser medidas por el órgano judicial. Además, la ley no establece que las condiciones son negociables. Aún, deberá certificarse que el inculcado ha sido asistido por abogado y que ha aceptado voluntaria y personalmente las condiciones. Por lo tanto, no hay impedimento para que las partes discutan las condiciones, pero es el Juez quien emite un juicio de mérito al respecto.

Asimismo, la actividad del Juez no se restringe a la estimación y a la delimitación de las condiciones de la suspensión del proceso, sino que se extiende al control efectivo del cumplimiento de las condiciones establecidas, pues a Él cabe revocar la suspensión y declarar extinta la punibilidad cuando termina el plazo de suspensión (art. 89, §§ 3º, 4º, y 5º, Ley 9.099/95).

El Juez ejerce una función esencial también en el esclarecimiento a las partes respecto del significado de la medida despenalizadora y de las posibilidades de la reanudación del proceso. Por esto, contraría el derecho fundamental a la defensa, cuya eficacia depende del conocimiento integral de la acusación y de las posibilidades, cuando la suspensión no se realiza ante el Juez o cuando este no pone de manifiesto lo que está ocurriendo en el juicio, o bien cuando se restringe a cumplir las formalidades legales. Es abominable lo que ocurre con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuya formalidad de comunicación de las condiciones y plazo, en algunos juzgados, son realizados por la secretaría judicial. La consecuencia de esto es que la gran mayoría de los condenados, que son personas con pocos conocimientos, salen del Juzgado con la sensación de absolución y no de una condena, y, además, cuando se les

pregunta, en otros interrogatorios, si ya fueron condenados, la respuesta es negativa. Por esto, la eficacia del nuevo instituto depende esencialmente de un cambio de la mentalidad de los operadores jurídicos.

El Ministerio Público, además de deducir la pretensión acusatoria ordinaria, deberá, ante la presencia de los requisitos legales, ofrecer la suspensión del proceso. Por lo tanto, se constituye en un poder-deber, y no en una facultad suya, pues no está en un casino jugando con la libertad y los derechos de los acusados. Los criterios personales o institucionales vulneran un tratamiento igualitario. Además, deberá fundamentar cuando no la propone, para viabilizar que el propio acusado se defienda e, incluso, la postule, como derecho de defensa. Además, el artículo 129, VIII, de la Constitución Federal, y el artículo 43, III, de la Ley Orgánica del Ministerio Fiscal, lo obliga a motivar sus manifestaciones⁸²³.

La obligación del Ministerio Fiscal es de tomar la iniciativa de proponer la suspensión del proceso y de discutir las condiciones. Su inercia o su subjetivismo no retira el derecho del acusado a la suspensión del proceso. En caso de recusación del Ministerio Público, el Supremo Tribunal Federal⁸²⁴ entiende que debe ser aplicado lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Proceso Penal, o sea, la remesa del proceso al Fiscal General, con lo que no

⁸²³ “Art. 129. Son funciones institucionales del Ministerio Público: VIII - determinar diligencias investigadoras y la instauración del *inquérito policial*, indicados los fundamentos jurídicos de sus manifestaciones procesales”.

⁸²⁴ Véase STF de 24 de octubre de 1997 (*Informativo del STF* núm. 92/97, *HC* núm. 75.343). Asimismo, véase TSE de 13 de abril de 1999 (*DJU* de 30 de abril de 1999, pág. 109 *Rec.* núm. 15.108), el mismo entendimiento del STF. Según GOMES, L.F., *Suspensão...*, págs. 152, 165 y 166, no se aplica el artículo 28 del Código Procesal Penal, sino que el Juez debe decidir sobre la suspensión condicional del proceso.

concordamos, como afirmamos cuando tratamos de la transacción criminal⁸²⁵, pues lo dispuesto en dicho dispositivo legal se aplica a la inercia en acusar, y no en garantizar un derecho fundamental del acusado, justo lo contrario.

El abogado defensor actuará orientando al acusado sobre las conveniencias o no de la aceptación, primero de la suspensión del proceso y, posteriormente, de las condiciones, las cuales deberán ser adecuadas a la situación personal del acusado (art. 89, § 2º, Ley 9.099/95). Para que la suspensión tenga validez, el legislador exige anuencia del acusado y de su defensor⁸²⁶. Sin embargo, nos decantamos por entender que deberá preponderar la manifestación volitiva del acusado en los casos de divergencia, pues es el acusado quien se someterá al cumplimiento de las condiciones. Cabrá al defensor no concordar con la manifestación volitiva del acusado, retirarse del proceso, con la oportunización al reo de nombrar otro o, cuando se trate de un abogado nombrado de oficio, su sustitución por el Juez⁸²⁷.

La suspensión del proceso depende fundamentalmente de la aceptación del acusado. Éste tiene dos alternativas: resiste normalmente a la pretensión acusatoria, sometiéndose al proceso ordinario, con todas las garantías, incluso con la incertidumbre del fallo, o acepta la suspensión, cumpliendo determinadas condiciones, que representan una reprobación jurídica menor.

El acusado, para obtener la suspensión, no podrá estar siendo procesado por otro delito. Como el ordenamiento jurídico brasileño divide las infracciones criminales en delitos y faltas, y porque no se admite interpretación *in malam*

⁸²⁵ Véase tercera parte, capítulo II, número 1, letra E.

⁸²⁶ Véase FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.* pág. 171, una interpretación literal.

⁸²⁷ Véase en la segunda parte, capítulo II, número 1, letras F, b; G, b; H, b; tercera parte capítulo II, número 1, letra B; y número 2, letra C, el mismo razonamiento.

partem, el hecho del acusado de estar respondiendo a un proceso por una falta, no impide la suspensión (art. 89 Ley 9.099/95). ¿Y si el acusado fuera absuelto del proceso que impidió la suspensión? Si este fue el único motivo de la desestimación de la suspensión, con la firmeza de la sentencia de absolución, siempre que no haya ocurrido la firmeza de la sentencia en el que ocurrió la negativa, deberá ser renovada la suspensión, pues el impeditivo legal ha desaparecido. También, el hecho de estar respondiendo a un proceso que está suspenso condicionalmente no impide una nueva suspensión. Sin embargo, el mérito del acusado podrá desaconsejar la suspensión.

La ley está considerando culpable al individuo que responde a un proceso. El simple hecho de estar respondiendo a un proceso no significa que el sujeto será condenado. De *lege ferenda*, defendemos que únicamente la firmeza de una sentencia de condena sea motivo impeditivo para la concesión de la suspensión condicional del proceso.

La condena del acusado por otro delito también impide la suspensión del proceso. El legislador no ha diferenciado cuál especie de crimen, si doloso o negligente, de modo que la interpretación deberá ser favorable al acusado, pues los beneficios penales reciben una interpretación amplia, reservándose la interpretación restrictiva a los perjuicios. En esta misma línea de raciocinio, una condena por una falta no impide la suspensión, la cual es posible también en ellas, aunque el artículo 89, susodicho, lo señale para los delitos.

¿Cuándo se considera un acusado condenado? Únicamente la firmeza de la sentencia de condena es la que modifica el estado de inocencia del acusado. Por lo tanto, una condena pendiente de recurso, por sí sola no constituye un requisito impeditivo de la suspensión del proceso. Aquí también, como hemos afirmado para la transacción criminal, los efectos de una condena subsisten

hasta los cinco años del cumplimiento de la pena o de la extinción de la punibilidad⁸²⁸.

El acusado deberá presentar méritos para tener derecho a la suspensión del proceso, informado por sus antecedentes⁸²⁹, su conducta social, su personalidad, por los motivos, y por las circunstancias del delito (art. 89 Ley 9.099/95, c/c art. 77, II, CP)⁸³⁰.

Se observa que los factores del merecimiento de la suspensión condicional del proceso y de la transacción criminal son los mismos. Además, tienen relación con las circunstancias que obligatoriamente el Juez considera cuando aplica la pena, conforme artículo 59 del Código Penal.

Diferentemente de la transacción criminal, la víctima podrá obtener, con la suspensión del proceso una declaración inmediata de la obligación de reparar los daños. En el momento de la suspensión del proceso, basta la manifestación volitiva del acusado de que reparará los daños, pues la efectiva reparación constituye uno de los requisitos de la extinción de la punibilidad, debido al

⁸²⁸ Véase tercera parte, capítulo II, número 1, letra E.

⁸²⁹ Según STJ de 14 de octubre de 1996 (*DJU* de 25 de noviembre de 1996, pág. 46.212, *HC* núm.5.577), el hecho del acusado responder a otro proceso criminal, pendiente de recurso, impide el derecho a la suspensión condicional del proceso. ¿Y si el órgano *ad quem* lo absuelve del proceso anterior? Por esto, entendemos que no hay impedimento para la concesión de la suspensión.

⁸³⁰ “Art. 77. La ejecución de la pena privativa de libertad, no superior a dos años, podrá ser suspendida, por dos a cuatro años, desde que: II – la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del autor, bien como los motivos y las circunstancias autoricen la concesión del beneficio.

cumplimiento de las condiciones (art. 89, § 3º, Ley 9.099/95)⁸³¹. Sin embargo, el legislador no ha exigido la participación directa de la víctima en el momento de la suspensión condicional del proceso.

De lege ferenda, deberá ser exigida la presencia de la víctima, sucesores o representantes legales en el acto de la suspensión del proceso, en la discusión del deber de reparación, ya fijándose el *quantum debeatur*, y las formas de su ejecución, esto es, exigirse la efectiva reparación o por lo menos un título judicial ejecutivo como requisito para ser concedida la suspensión del proceso, sin impedimento para la extinción de la punibilidad en caso de prueba de la imposibilidad de reparar el daño. Además, ¿cómo la víctima sabrá que el autor del hecho declaró que la indemnizará?

Para la aplicación de la pena alternativa el legislador estableció el parámetro de la pena máxima *in abstracto*, no superior a un año (art. 61 Ley 9.099/95). Todavía, para la suspensión condicional del proceso, es la cantidad mínima de la pena en abstracto prevista para el tipo penal que no podrá superar a un año de privación de libertad (art. 89 Ley 9.099/95). Evidentemente que la suspensión condicional del proceso no está excluida de las infracciones criminales en que se conmine la pena de multa, de forma acumulativas con la pena privativa de libertad mínima no superior a un año, o en las infracciones en que está prevista de forma aislada. La ley, al referirse a delitos y no a infracciones criminales, omitió las faltas. Debido a su menor entidad, admitimos una interpretación extensiva para posibilitar la suspensión condicional del proceso también en las faltas.

⁸³¹ Véase STJ de 15 de octubre de 1998 (*DJU* de 26 de octubre de 1998, pág. 129, *HC* núm. 7.637), cuando señala que no se constituye en requisito para la concesión de la suspensión condicional del proceso, sino de la extinción de la punibilidad la reparación de los daños. Por esto, no hay que hablar de reparación de los daños antes del periodo de prueba al cual será sometido el acusado.

Tampoco hubo exclusión de los procesos especiales, como el legislador ha hecho cuando estableció los requisitos de la transacción criminal. Así, la suspensión condicional del proceso es posible en todas las especies de proceso: ordinario, sumario, y en los especiales, siempre que sean satisfechos los requisitos legales. También tiene aplicación en la Justicia Militar para los delitos militares impropios, a pesar de la Ley 9.839/99, de 27 de septiembre⁸³², tanto en la Justicia Federal, en la Justicia Electoral⁸³³ e, incluso por los Tribunales, en su competencia originaria⁸³⁴.

Una exégesis literal no aplicaría la suspensión del proceso en las hipótesis de “delitos privados”⁸³⁵, cuya provocación jurisdiccional cae en la esfera de disponibilidad del legitimado, pues el artículo 89 de la Ley 9.099/95 refiere, expresamente, que “el Ministerio Público, al ofrecer la *denúncia*...”. Todavía, no se justifica la prohibición de una cierta disponibilidad del sostenimiento de la pretensión en los delitos privados, los cuales tienen en su esencia la este poder de disposición⁸³⁶.

⁸³² Según el STF del 1 de octubre de 1999 (*Informativo* STF 166/99, *HC* núm. 79.427), la suspensión condicional del proceso se aplica a la Justicia Militar.

⁸³³ El TSE de 18 de agosto de 1998 (*DJU* de 5 de febrero de 1999, pág. 105, *HC* núm. 332), decidió que la suspensión condicional del proceso tiene aplicación en el ámbito de la Justicia Electoral.

⁸³⁴ De acuerdo con el TRF de la 3ª región, de 5 de marzo de 1997 (*DJU* de 18 de marzo de 1997, pág. 15.336, *Ap.* núm. 108), cabe la suspensión en los procesos de su competencia originaria.

⁸³⁵ Véase STJ de 21 de octubre de 1999 (*DJU* de 22 de noviembre de 1999, pág. 164, *HC* núm. 8.480), que tanto la transacción criminal, como la suspensión condicional del proceso se aplican a los procesos criminales de acción penal privada.

⁸³⁶ GOMES, L.F., *Suspensão...*, cit., págs. 229-232 la admite, aunque en la edición anterior la rechazaba.

A lo que atañe a la pena, también debe ser llevado en cuenta las hipótesis de incidencia de causas especiales de su aumento o de su disminución⁸³⁷, como señalamos para la transacción criminal⁸³⁸. Por tratarse de suspensión del proceso, la incidencia no es sobre la pena máxima en abstracto, sino sobre la sanción mínima abstracta. De cualquier forma, habrá que hacer el cálculo en la proporción que más favorezca al acusado⁸³⁹.

En el concurso material de delitos, que están siendo enjuiciados en el mismo proceso por una cuestión instrumental, deberá ser considerado cada delito en separado. No hay impedimento para que los dos sean incluidos en la

⁸³⁷ Según STJ de 2 de mayo de 2000 (*DJU* de 29 de mayo de 2000, *HC* núm. 9.301), las causas especiales de aumento o de disminución de pena *-minorantes y majorantes-*, deben ser consideradas para establecer la pena mínima.

⁸³⁸ Véase tercera parte, capítulo I, núm. 1, letra E.

⁸³⁹ Véase tercera parte, capítulo II, núm. 3, letra E. Según STF de 25 de junio de 1997 (*DJU* de 2 de junio de 1997, pág. 23.856, *HC* núm. 5.141), no tiene derecho a la suspensión del proceso el acusado que fue denunciado por concurso material de delitos, cuando la suma de las penas mínima, sea a través del concurso material, sea formal, superar el año de privación de libertad; de 30 de marzo de 1999 (*DJU* de 28 de mayo de 1999, pág. 44, *HC* núm. 78.876), no cabe la suspensión condicional del proceso cuando la pena mínima conminada al delito más grave *-concurso formal-*, con la añadidura mínima, excede a un año; de 13 de junio de 2000 (*Informativo* 193/2000, *HC* núm. 80.143), en las hipótesis de continuación delictiva, es posible la suspensión condicional del proceso si con el añadido de 1/6 sobre la pena mínima del delito más grave la pena no supera a un año. Consideró, así, el Supremo Tribunal Federal, la operación que más favorezca el acusado, pues en los supuestos de continuación delictiva, sobre la pena del delito más grave se añade un porcentual entre 1/6 a 2/3. Véase, asimismo, STJ de 20 de mayo de 1997 (*DJU* de 30 de junio de 1997, pág. 31.080, *HC* núm. 5.720); de 10 de febrero de 1998 (*DJU* de 31 de marzo de 1998, pág. 9.642, *HC* núm. 5.780), que en la expresión pena mínima conminada, no superior a un año, para efectos de admisibilidad de la suspensión condicional del proceso, deben ser consideradas las causas especiales de disminución de pena, en su porcentual más elevado, haciéndose la reducción máxima en los casos de los delitos tentados.

misma acusación y que el proceso sea suspenso parcialmente, esto es, contemplando únicamente uno de ellos⁸⁴⁰.

En la línea de la aplicación en la suspensión del proceso de los demás requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena, el acusado no podrá ser reincidente en delito doloso⁸⁴¹. Esta expresa remisión es más un motivo para considerar que el reincidente en delito negligente, y el condenado por una falta, puedan ser beneficiados por la suspensión. También, como la condena a una pena de multa no impide la suspensión de la ejecución de la sanción, con más razón, no justifica que sea una causa prohibitiva de la suspensión condicional del proceso⁸⁴².

Evidentemente que el inciso III del artículo 77 del Código Penal no tiene aplicación a la suspensión del proceso, pues aquí no hay medición de pena, lo que imposibilita cualquier forma de conversión de la privación de libertad en restrictiva de derechos, prevista en el artículo 44 del Código Penal.

⁸⁴⁰ Véase STJ de 10 de agosto de 1997 (*DJU* de 29 de agosto de 1997, pág. 40.219, *HC* núm. 75.193-8), cuando señala que en los delitos sancionados, ambos con pena mínima de tres meses de detención, la suspensión del proceso es, en teoría, posible en los términos del artículo 89, o sea, siempre que el acusado no esté siendo procesado o no haya sido condenado por otro delito, presentes los demás requisitos que autorizan la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

⁸⁴¹ “Art. 77. La ejecución de la pena privativa de libertad, que no superó a dos años, podrá ser suspensa, de dos a cuatro años, desde que: I – el condenado no sea reincidente en crimen doloso; § 1º. La condena anterior a pena de multa no impide la concesión del beneficio. § 2º La ejecución de la pena privativa de libertad, no superior a cuatro años, podrá ser suspensa, por cuatro a seis años, siempre que el condenado tenga más de 70 años de edad, o por razones de salud”.

⁸⁴² Según STJ de 29 de octubre de 1998 (*DJU* de 14 de diciembre de 1998, pág. 304, *HC* núm. 7.878), la condena anterior en una pena de multa, por la práctica de una falta, no obstaculiza la transacción penal o la suspensión condicional del proceso.

La aceptación de las condiciones es otro requisito de la concesión de la suspensión condicional del proceso. Quizás el más determinante, pues es el primero a ser analizado. Además de la declaración de reparación del daño causado a la víctima, el legislador ha establecido como condiciones: la prohibición de frecuentar determinados lugares; la prohibición de ausentarse del ámbito de la competencia del Juzgado, sin autorización judicial; y la comparecencia personal, mensualmente, para informar y justificar sus actividades. Éstas son las condiciones fijadas por el legislador. Sin embargo, la propia ley permite que el Juez especifique otras condiciones, siempre que sean adecuadas al hecho y a la situación personal del acusado.

Cumple al Juez la observancia de que las condiciones en cantidad y calidad sean proporcionales al interés público en el sostenimiento de la pretensión acusatoria. Cuanto más importante sea, más gravosas deberán ser las condiciones. Asimismo, deberán ser llevados en consideración todos los hechos penalmente relevantes *-iter criminis*, circunstancias del delito, por ejemplo-, como las personales, indicadas por la prevención especial -antecedentes, conducta social, y personalidad, por ejemplo-, y los de la prevención general -confianza de los ciudadanos en la inviolabilidad del ordenamiento jurídico⁸⁴³.

Aunque la relación de las condiciones no sea cerrado, el legislador no ha establecido ninguna referencia en lo que respecta a la forma de indemnizar a la víctima o de estimar el *quantum debeatur*.

El Juez no podrá fijar u homologar condiciones contrarias a la Constitución Federal, o vejatorias, tales como las que fueron recogidas de diversas decisiones de los Tribunales Estatales: frecuencia a cultos

⁸⁴³ Véase ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 126, los señalamientos de la doctrina alemana sobre lo que se debe llevar en cuenta en el momento de la fijación de las condiciones en el archivo condicional.

religiosos, no tomar bebida alcohólica, recogida en hora determinada en la habitación, donación de sangre, pago de las costas procesales, prohibición de conducir vehículo, visita periódica de víctimas de accidente de automóvil, limpieza de los despachos de la policía.

Ha sido omiso el legislador sobre la posibilidad de alteración de las condiciones mientras el proceso esté suspenso, como el no cumplimiento de las condiciones, excepto la de reparar el daño, y la existencia de otro proceso por una falta, no obliga la revocación, concluimos que es posible el cambio de las condiciones fijadas al principio, así como la prorroga del período de suspensión, en una interpretación analógica con las disposiciones referentes al *sursis*.

También, dentro de los requisitos objetivos, cabe señalar que la suspensión del proceso únicamente se dará en un juicio público, con previa convocatoria del Ministerio Público, del acusado y de su abogado. Aunque la propuesta del Fiscal pueda ocurrir por escrito, la discusión de las condiciones, la aceptación y la medición de las condiciones deben ocurrir en audiencia pública.

El plazo de suspensión del proceso es el mismo que la ley otorga a la suspensión de la ejecución de la pena -dos a cuatro años-, y es demasiado extenso, pues en la suspensión del proceso de ejecución hubo una condena. El legislador no ha tenido en cuenta la proporcionalidad en el momento de crear la ley. Además, no ha establecido lo que se debe considerar en su medición. Cumple al Juez suplir esta injustificable omisión legal con la utilización de los mismos parámetros utilizados en la fijación de las condiciones, o sea, determinar un cierto plazo adecuado a la necesidad y suficiencia a la reprobación jurídica.

Como requisito de actividad, cumple analizar el momento procesal en que es posible la suspensión condicional del proceso. La ley no es clara al respecto, pues señala que la propuesta podrá ser ofrecida por el Ministerio Fiscal en el momento en que deduce la pretensión acusatoria y que, una vez aceptada la propuesta, en presencia del Juez, este recibirá la *denúncia* y podrá suspender el proceso (art. 89 Ley 9.099/95). En la práctica, el recibimiento de la acusación y la suspensión ocurren en el mismo acto procesal, en audiencia designada para tal finalidad. Sin embargo, se hace menester que, antes de analizar los requisitos de la suspensión condicional del proceso, el Juez examine los de la acusación, como hemos señalado, la cual podrá no ser aceptada, lo que perjudicaría el análisis de la suspensión del proceso.

¿Podrá el Juez recibir en parte la acusación, o sea, rechazar *ab initio* una calificación más grave? Esto es importante porque la descripción podrá tipificar un delito que prohíbe la suspensión condicional del proceso, en contra del entendimiento del Juez o del propio acusado. La acusación habrá de estar basada en hechos, en un *minimum* de substrato fáctico. Cuando la tipificación no tenga ningún soporte en los elementos ya recogidos, es deber y función del Juez recibir en parte la acusación y propiciar la suspensión condicional del proceso. El acto judicial que recibe la *denúncia* deberá estar motivado, siendo inadmisibile que esto ocurra mediante un simple sello con la firma del Juez.

¿Recusada la suspensión condicional del proceso, podrán las partes, en conjunto o separadamente, durante el juicio oral, solicitarla? Una interpretación literal mantiene la posibilidad únicamente antes de la producción de la prueba. Sin embargo, en el desarrollo del juicio oral, podrán ser demostrados los presupuestos que no existían en el momento de la formalización de la acusación. Modificada la situación fáctica existente en el momento procesal

preconizado por el legislador, entendemos posible la suspensión hasta la firmeza de la sentencia⁸⁴⁴.

En los supuestos de desclasificación de una infracción que, inicialmente no era posible la suspensión, para una en que esto es posible, hay que posibilitar al acusado la suspensión, pues ésta es la tipicidad adecuada al hecho, la cual es la misma del inicio del proceso⁸⁴⁵. Esto podrá ocurrir, por ejemplo, en los casos en que prepondera la estafa tentada frente a la falsedad documental, de un hurto grave para uno simple. Sin embargo, deberá haber una decisión judicial sobre el tema, sin que aplique la pena, o sea, un juicio de culpabilidad, cuya consecuencia de la no aceptación de la suspensión será la medición de la pena. Lo mejor es dictar la sentencia y dejar la aplicación de la pena para un momento posterior, pues una posible absolución perjudica la suspensión del proceso. Con la firmeza de la sentencia que desestimó la suspensión condicional del proceso o con la revocación del beneficio eventualmente aceptado, el Juez aplica la pena. También, en los supuestos de desclasificación

⁸⁴⁴ Según STJ de 17 de junio de 1997 (*DJU* de 4 de agosto de 1997, pág. 34.790, *HC* núm. 6.487), de 7 de octubre de 1997 (*DJU* de 18 de mayo de 1998, pág. 124, *Rec.Esp.* núm. 125.675), y de 7 de abril de 1998 (*DJU* de 18 de mayo de 1998, pág. 123, *Rec.Esp.* núm. 118.523), no aplicó la suspensión condicional a procesos que ya tenían sentencia de condena firmes ante la publicación de la Ley 9.099/95. Asimismo, véase STJ de 4 de mayo de 1999 (*DJU* de 31 de mayo de 1999, pág. 162, *HC* núm. 9.035), mantenida la sentencia por el órgano *ad quem*, no cabe más la suspensión condicional del proceso.

⁸⁴⁵ Véase STF de 1 de abril de 1998 (*DJU* de 24 de mayo de 1998, *HC* núm. 75.894), el entendimiento de que en el momento en que el Juez dicta la sentencia, habiendo la desclasificación de la conducta imputada al acusado para una que se encuadra en la suspensión condicional del proceso, debe poner la decisión al conocimiento del Fiscal para que se manifieste sobre el beneficio legal.

operada por el órgano *ad quem*, este debe enviar el proceso al Juez *a quo* para que tiente la suspensión del proceso⁸⁴⁶.

¿Podrá la suspensión condicional del proceso ser concedida tras una sentencia de condena? Desestimada la suspensión del proceso, el perjudicado tendrá que recurrir de la decisión, so pena de preclusión. Sin embargo, el proceso podrá llegar hasta la sentencia sin que las partes o el Juez se manifiesten sobre la suspensión y, en este momento el acusado la solicita o el Ministerio Público la propone, pues constituye un derecho del acusado que satisface los requisitos legales⁸⁴⁷.

Estimada la suspensión del proceso, el Juez la homologa y fija las condiciones, cuya ejecución las fiscaliza. Desestimada, el Juez determina el seguimiento del cauce ordinario del proceso.

La falta de medios de control del cumplimiento de las condiciones, como ocurre con las determinadas en el *sursis*, puede no inviabilizar el instituto, sino retirarle la eficacia de una reprobación jurídica proporcional.

⁸⁴⁶ El STF de 04 de abril de 2000 (*Informativo* núm. 184/2000, *HC* núm. 79.856), suspendió el fallo de un proceso, a pedido de uno de los componentes de la Sala, pues el entendimiento de dos magistrados, respecto de la desclasificación y aplicación de la suspensión del proceso fue divergente.

⁸⁴⁷ Según STJ de 4 de mayo de 2000 (*DJU* de 19 de junio de 2000, pág. 160, *HC* núm. 11.673), es entendimiento pacífico que la suspensión condicional del proceso se aplica cuando estén presentes los requisitos legales, en procesos con fallo de condena, siempre que haya sido dictada desde la Ley 9.099/95.

F) Efectos

La suspensión del proceso no tiene efectos sobre la fase preliminar, pues ocurre tras la formalización de la acusación, como hemos señalado. El expediente investigatorio ya está concluido, ha pasado por el Juez, por el Ministerio Público, que ha formalizado una acusación ordinaria. A primera vista parece que el Fiscal tiene dos opciones: acusa sin pedir la suspensión del proceso, o acusa con dicha solicitud. Sin embargo, presentes los requisitos legales, tiene el deber de proponer la suspensión.

El efecto inmediato de la propuesta, de su aceptación y de la homologación de la manifestación volitiva de las partes es la suspensión del cauce procesal ordinario por un período de dos a cuatro años. Así, no se interroga al acusado, no se oportuniza el plazo de la resistencia procesal común, no son practicadas las pruebas, y no es dictado un fallo sobre el fondo.

No se produce la terminación anticipada del proceso, como ocurre en la conformidad o en la transacción criminal, pues en éstas hay la aplicación de una pena, las cuales producen el fin del proceso de cognición. La suspensión del proceso siempre está condicionada al cumplimiento de las condiciones, es decir, se tornará definitiva tras la ejecución voluntaria. Ocurre la suspensión de la fase cognitiva del proceso, pues este continua con el cumplimiento de las condiciones, con la particularidad que podrá retomar su cauce ordinario.

Uno de los pocos actos procesales judiciales típicos, o sea, como si no hubiese habido la suspensión, es el recibimiento de la acusación, pues interrumpe la prescripción, cuyo plazo empieza a contar de nuevo a partir de



este acto⁸⁴⁸. Sin embargo, durante la suspensión podrán ser practicados actos procesales típicos del proceso suspenso -revocación de la suspensión, por ejemplo-, pues existe un control sobre el cumplimiento de las condiciones.

El plazo prescripcional no correrá mientras dure la suspensión del proceso (art. 89, § 6º, Ley 9.099/95). Por lo tanto, con el recibimiento de la acusación, el plazo se interrumpe. El cauce normal es retomado con la eventual revocación de la suspensión condicional del proceso.

La suspensión del proceso no influye sobre el ejercicio de la acción, ni sobre la deducción de la pretensión acusatoria. Lo que ocurre es una alternativa legal de interrupción provisoria de la acción y de la pretensión ordinarias. No hay incidencia del principio de oportunidad puro, pues la concesión o no de la suspensión del proceso no se queda en la esfera subjetiva del fiscal o del Juez, sino que se constituye en una alternativa al sostenimiento de la pretensión acusatoria. Entendido que la acción penal se extiende al sostenimiento de la pretensión hasta las últimas consecuencias legales, podemos decir que hubo una cierta mitigación del principio de la obligatoriedad de la acción penal ordinaria.

No ocurre una imputación alternativa, o la deducción de una pretensión alternativa, sino un *petitum* alternativo a la sanción común, más técnicamente, una propuesta alternativa substitutiva del *petitum*. No hay un cambio en la descripción típica, ni en la calificación jurídica, pues el Juez no podrá modificar los hechos o la calificación jurídica.

⁸⁴⁸ Según el artículo 117 del Código Penal, son causas interruptivas de la prescripción: I – el recibimiento de la acusación; II – la decisión del Juez que determina que el acusado sea sometido al Tribunal del Jurado; III – por el fallo confirmatorio de la decisión anterior; IV – la sentencia de condena; V – el inicio o continuación del cumplimiento de la pena.

La resolución judicial produce los efectos de cosa juzgada únicamente tras el cumplimiento de las condiciones. Por lo tanto, la decisión que homologa la suspensión del proceso únicamente tiene el efecto de impedir su seguimiento y el de la prescripción. La resolución que extingue la punibilidad, tras el cumplimiento de las condiciones, produce los efectos de cosa juzgada formal y material.

Se discute si hay una declaración de culpabilidad del acusado; si hay un juicio de culpabilidad por parte del Juez; y si las condiciones son penas. No se exige y no es admisible que haya una declaración de culpabilidad como presupuesto de la suspensión del proceso. Tampoco el Juez, cuando estima la suspensión, emite una declaración de culpabilidad, pues se restringe a homologar la manifestación de voluntad de las partes. El juicio de culpabilidad únicamente es posible tras la realización de todas las fases procesales: acusación, defensa personal y técnica, producción contradictoria de la prueba, conclusiones de las partes, y juicio de fondo dictado por un tercero imparcial. Asimismo, hay que considerar que el archivo únicamente es definitivo después que el acusado haya cumplido las condiciones, cuyo proceso se rehunda con la revocación de la suspensión.

Las condiciones representan una reprobación jurídica proporcional a los hechos, consentida, o la incidencia proporcionada del *ius puniendi* del Estado. Son sanciones criminales atípicas, pues no generan los efectos de una pena criminal aplicada tras un juicio criminal con todas las garantías⁸⁴⁹.

⁸⁴⁹ Véase en GÖSSEL, K. H., "Principios fundamentales...", cit., pág. 885, que la doctrina alemana de GOSSNER y MEYER se decantan por no considerar las condiciones del archivo como una sanción criminal común, pues el inculpado se queda libre de la tacha de los antecedentes penales, de las molestias del procedimiento judicial, constituyéndose en un rechazo a las condenas estatales, mediante un empleo de otras sanciones que no adolezcan de la tacha de condena.

El cumplimiento de las condiciones fijadas por el Juez implica la terminación del proceso, con la declaración de extinción de la punibilidad (art. 89, § 5º, Ley 9.099/95), con añadidura de una causa más al artículo 107 del Código Penal⁸⁵⁰. El acusado continua en su estado de inocencia, sin que la suspensión pueda ser considerada como un antecedente procesal desfavorable.

Sin embargo, el proceso podrá retomar su cauce ordinario, siempre que ocurra alguna de las hipótesis de revocación de la suspensión. La suspensión será obligatoriamente revocada en dos situaciones: cuando el procesado, durante el plazo de la suspensión fuera procesado por otro delito, o cuando no repara el daño⁸⁵¹. Sin embargo, cuando el nuevo proceso fuera por una falta, o el acusado no cumpla cualquier otra condición, la revocación será facultativa (art. 89, §§ 3ª y 4º, Ley 9.099/95). Asimismo, ante la absolución del acusado en el proceso que ha producido la revocación, la consecuencia es el retorno al *status quo ante*, con reanudación de la suspensión.

⁸⁵⁰ “Art. 107. Se extingue la punibilidad: I – por la muerte del autor del hecho; II – por el indulto; III – por la retroactividad de una ley que no considere el hecho una infracción criminal; IV – por la prescripción o caducidad; V – por la renuncia del derecho de acción o por el perdón, en los delitos privados; VI – por la retractación del autor, en los supuestos permitidos por ley; VII – por el matrimonio del autor del hecho con la víctima, en los delitos contra las costumbres, definidos en los Capítulos I, II y III del Título VI de la Parte Especial de este Código; VIII – por el matrimonio de la víctima con tercera persona, en los delitos referidos en el inciso anterior, si son cometidos sin violencia real o grave amenaza, y siempre que la ofendida no pida la prosecución del expediente investigador o de la acción penal en el plazo de 60 días, contados de la celebración del matrimonio; IX – por el perdón judicial, en los casos previstos en ley”.

⁸⁵¹ Según el Código Procesal alemán, incumplidas las condiciones, se reanudan las investigaciones o el proceso penal, aunque haya la posibilidad de prolongarse el plazo de suspensión por un tiempo no excedente de tres meses, por una vez (§ 153ª, (1), 4).

Por esto, de *lege ferenda*, las hipótesis de revocación de la suspensión condicional del proceso, en los supuestos de otros procesos, deberán aplicarse a partir de la firmeza del fallo de condena, con la previsión expresa de la posibilidad de prórroga de la suspensión.

Aunque el legislador no haya previsto, puede ser admitida la revocación voluntaria de la suspensión del proceso. El acusado podrá tener interés en la continuación del proceso –descubrimiento de una prueba que lo exculpará, por ejemplo-, y, al mismo tiempo no quebrantar la confianza en él depositada, lo que podría influenciar en otra suspensión, o en una eventual medición de la pena⁸⁵². Diferentemente es la situación en la transacción criminal, pues en ésta ya hubo la extinción del proceso, un juicio de mérito sobre la pretensión alternativa. Aquí, el proceso está paralizado momentáneamente esperando su extinción o su continuación.

¿El acusado tendrá alguna compensación por la ejecución parcial de las condiciones, en el supuesto de revocación? No hay cómo proceder a la restitución, tanto en la esfera criminal, como en la civil, pues el cumplimiento fue voluntario. El eventual pago de indemnización a la víctima podrá ser compensado en una demanda civil de reparación, no habiendo óbice para que el Juez considere los hechos en una posible medición de la pena.

Asimismo, a pesar de la omisión del legislador, no se evidencia ningún impedimento para que, durante la ejecución de las condiciones, las partes

⁸⁵² Según STF de 16 de mayo de 2000 (*Informativo* núm. 189/2000, *HC* núm. 79.810), la aceptación de la propuesta de suspensión condicional del proceso se constituye en un acto irrevocable, excepto en los casos en que la manifestación volitiva del acusado estuviere afectada por algún vicio de consentimiento, como el error y la coacción.

convengan una modificación de las condiciones o el propio acusado las postule⁸⁵³.

La declaración de que está asumiendo la responsabilidad de la reparación de los daños, no implica reconocimiento de la culpabilidad o de la responsabilidad indemnizatoria. No reparado el daño, el actor tiene el cargo de probar, en el juicio civil, la responsabilidad del autor del hecho. El *quantum debeat*, eventualmente estipulado, no implica reconocimiento de la responsabilidad civil, ni genera título ejecutivo, pues el incumplimiento de la obligación de indemnizar implica revocación obligatoria de la suspensión. Además, la extinción de la punibilidad no impide la deducción de una pretensión civil (art. 67, II, CPP)⁸⁵⁴.

El propio legislador ha puesto de relieve que la efectiva reparación del daño es una condición de extinción de la punibilidad. Así, siempre que el acusado pruebe que no está en condiciones de reparar el daño, el Juez deberá extinguir la punibilidad.

Como se ha planteado en la conformidad con la pena, en la aplicación de una pena alternativa se hace necesario establecer cuáles son los efectos en caso de pluralidad subjetiva y/u objetiva. Seguimos la misma línea de raciocinio, o sea, de la interpretación favorable al consenso y, aquí, aunque el legislador haya

⁸⁵³ Según ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 130, RIES menciona las posibilidades de que las condiciones en el archivo alemán pueden ser rebajadas o levantadas de forma total o parcial.

⁸⁵⁴ “Art. 67. No impedirán igualmente la proposición de la acción civil: I – el archivo del *inquérito* o de las piezas de información; II – La decisión que juzga extinta la punibilidad; III – la sentencia absolutoria que decide que el hecho imputado no constituye delito”.

silenciado, favorable a la suspensión condicional del proceso, posibilitándose la separación de los procesos⁸⁵⁵.

El legislador no ha previsto una especie de impugnación de la decisión que estima o desestima la suspensión condicional del proceso, que revoca o no la suspensión, y que extingue o no la punibilidad. Como el artículo 92 de la Ley 9.099/95 determina la aplicación subsidiaria del Código de Proceso Penal, debemos recurrir a él. El artículo 581 contiene una enumeración de 24 casos en que podrá efectuarse el recurso en *sentido estricto*⁸⁵⁶. Como el Código de Proceso Penal es de 1941, evidentemente que no está prevista ninguna hipótesis referente a la suspensión condicional del proceso, introducida en 1995. Sin embargo, los incisos VIII y IX, del artículo 581 del Código de Proceso Penal prevé, de forma expresa, la posibilidad de esta forma de impugnación contra la resolución que decreta o niega la extinción de la punibilidad. El inciso XI, del mismo artículo, prevé que la decisión que estima o desestima o revoca la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad puede ser impugnada por medio del recurso en *sentido estricto*. Así, no vemos óbice

⁸⁵⁵ Véase segunda parte, capítulo II, número 1, letras, F, c. Asimismo, véase FABBRINI MIRABETE, J., *op. cit.*, pág. 171.

⁸⁵⁶ Según el artículo 593 del Código Procesal Penal, cabe la apelación de las sentencias definitivas de condena o de absolución, o con fuerza de definitivas, dictadas por un órgano judicial unitario, y de varios fallos específicos del Tribunal del Jurado. Con exclusión de estos casos, de la decisión del órgano judicial unitario, cabe la impugnación por medio del recurso en *sentido estricto*, que se distingue de la apelación por el plazo de interposición, por el razonamiento exclusivo ante el *órgano a quo*, y por la posibilidad de que el mismo Juez que haya dictado la resolución, pueda reformar su decisión, lo que implicará el envío al órgano *ad quem* únicamente si la parte perjudicada lo solicita. En el proceso civil existe un recurso semejante, denominado *agravo de instrumento*, para impugnar las decisiones interlocutorias, cuyo procesamiento, que era igual al del recurso criminal, en la última reforma parcial del Código Procesal Civil de 1995 pasó a ser ante el órgano *ad quem*.

para que se aplique esta disposición legal a los casos de estimación, desestimación o revocación de la suspensión condicional del proceso⁸⁵⁷.

La víctima podrá, siempre que estuviere habilitada como asistente del acusador oficial, recurrir la decisión, ante un órgano judicial⁸⁵⁸.

¿Y si el Juez desestima el pedido de revocación de la suspensión condicional del proceso? Pensamos que aquí también se debe recurrir a la analogía para mantener el doble grado de jurisdicción. Como el Código de Proceso Penal admite el recurso en *sentido estricto* para impugnar la decisión que desestima la revocación de la medida de seguridad en el inciso XXIII del artículo 581 del Código Procesal Penal, también puede impugnarse la decisión que no revoca la suspensión del proceso por este medio, incluso en la posible resolución que modifica las condiciones (art. 581, XXI, CPP).

También no se puede descartar la revisión criminal para deconstituir la decisión que ha extinguido la punibilidad, pues el acusado que ha aceptado la suspensión condicional del proceso podrá tener conocimiento de alguna prueba de su inocencia, aplicándose analógicamente el artículo 621, III, del Código Procesal Penal⁸⁵⁹, aunque la sentencia que homologa la suspensión condicional

⁸⁵⁷ Según GOMES, L.F., *Suspensão...*, cit., pág. 163, la decisión que estima la suspensión condicional del proceso tiene fuerza de definitiva, impugnabile por medio del recurso de apelación.

⁸⁵⁸ Según SCHÜCHTER, E., *op. cit.*, pág. 104, en el Derecho alemán, está prevista una queja interna, casi-administrativa al sospechoso, contra la imposición de las condiciones, y una “queja de servicio” a la víctima, para demostrar que no se trataba de un delito pasible de archivo. Sin embargo, no tiene posibilidad de intervenir para forzar una acusación.

⁸⁵⁹ “Art. 621. La revisión de los procesos terminados será admitida: III – cuando, después de la sentencia, fueren descubiertas nuevas pruebas de la inocencia del condenado o de circunstancias que determine o autorice la disminución de la pena”.

del proceso no tenga efectos de una condena, pues al acusado, se garantiza el derecho a que un órgano judicial declare su inocencia. Se justifica también la pretensión desconstitutiva, o constitutiva negativa, en el interés de obtener una indemnización por el hecho de haber cumplido indebidamente las condiciones de la suspensión del proceso.

Cuando el fallo es de una *Turma Recursal Criminal* se aplica lo expuesto en relación a la transacción criminal en cuanto a la interposición del recurso al Superior Tribunal de Justicia y al Supremo Tribunal Federal⁸⁶⁰. Sin embargo, cuando el fallo *ad quem* deviene de un Tribunal recursal común, se aplican las reglas normales de los recursos a estos dos altos Tribunales. En lo que atañe a los *embargos* de declaración, del *habeas corpus* y del mandado de seguridad⁸⁶¹, se aplican las mismas reglas señaladas para la transacción criminal⁸⁶².

Para las costas procesales se aplicarán las reglas generales, considerándose la naturaleza jurídica de las condiciones y los efectos de la suspensión condicional del proceso.

⁸⁶⁰ Véase tercera parte, capítulo II, número 1, letra F.

⁸⁶¹ En STJ de 19 de mayo de 1998 (*DJU* de 29 de junio de 1998, *MS* núm. 8.761), admitió un *mandado de segurança* como medio para impugnar la decisión del Juez que concedió la suspensión condicional del proceso sin considerar la manifestación contraria del Ministerio Público.

⁸⁶² Véase tercera parte, capítulo II, número 1, letra F.

CONCLUSIONES

PRIMERA

1 - El principio de legalidad en materia de derecho penal sustantivo, además de fundamentar la aplicación del *ius puniendi*, sirve como límite del poder de tipificación del legislador, que tendrá que formular preceptos claros, precisos y determinados; como restricción del poder jurídico de la acusación, que no podrá traspasar las barreras legales; y limitativo del poder jurídico del órgano judicial, que no podrá definir tipos penales o aplicar sanciones no previstas con anterioridad en el ordenamiento jurídico.

2 - Así, refleja, básicamente, una garantía criminal de descripción típica; una garantía penal, es decir, de aplicación de la especie y cantidad de la sanción prevista; y una garantía de ejecución de la sanción aplicada.

SEGUNDA

1 - El interés público que domina el proceso penal español y brasileño informa que no hay actividad criminal de responsabilidad de un órgano que no sea oficial. Para la realización del *ius puniendi*, el Estado distribuye entre sus diversos órganos la funciones de investigar, de instruir, de acusar y de juzgar. Estos agentes oficiales no pueden actuar de acuerdo con lo que les conviene, sino según los criterios establecidos en ley. Los encargados de la investigación y de la instrucción, ante la *notitia criminis*, tienen el deber ejercer sus funciones. El Ministerio Público, satisfechos los requisitos legales, tiene la obligación de deducir una pretensión, de sostenerla y de promocionar su ejecución, ante un órgano judicial, que seguirá el debido proceso. Así, el

principio de legalidad informa que el inicio, el desarrollo y el término del proceso penal no está sometido a juicios de oportunidad o a juicios subjetivos de los órganos oficiales. Asimismo, el propio Estado garantiza la obligatoriedad de la defensa técnica, la posibilidad de la defensa personal y la necesidad de fundamentar las resoluciones judiciales.

2 - La instrumentalidad basada en la legalidad se sustenta en la necesidad de proteger los bienes jurídicos esenciales e irrenunciables, en la necesidad de garantizar la paz jurídica con la aplicación del *ius puniendi* y con la protección del *status libertatis*.

TERCERA

La contraposición teórica del principio de legalidad es el principio de oportunidad, que, en su pureza es incompatible con la legalidad. Un sistema instrumental criminal se fundamenta en el principio de oportunidad cuando los sujetos encargados de la persecución de los hechos con apariencia de infracción criminal investigan, o no, de acuerdo con criterios propios; cuando se permite al titular del poder de acusar la deducción o no de una pretensión acusatoria, o la disponibilidad sobre los hechos, la calificación jurídica, la pena y sobre los autores de los hechos. Además, el Ministerio Público, en un sistema de oportunidad, tiene la libertad de mantener o no la acusación, de ejecutar o no la condena y de elegir la forma de ejecución. En suma, los órganos oficiales tienen un poder de disposición absoluto sobre los hechos, sobre sus autores, sobre la calificación jurídica, sobre el proceso y sus consecuencias.

CUARTA

1 - Tanto el sistema español, como el brasileño, permiten un cierto poder de disposición de los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones, principalmente del Ministerio Fiscal. Éstos no actúan bajo el principio de oportunidad, sino ante un permisivo legal, pues sus actividades y los efectos de sus proposiciones están limitados por los requisitos establecidos en ley. El principio rector de los dos sistemas procesales es la legalidad, y no la oportunidad. Por esto, no es la oportunidad la que está siendo reglada, sino la ley que reglamenta y limita un cierto poder de disposición en la actividad de los órganos oficiales. En Noruega y en los países Bajos sí hay una oportunidad reglada, pues rige el principio de oportunidad con una limitación de determinados mecanismos de oportunidad, respectivamente, hasta los cinco y seis años de privación de libertad.

2 - La autorización legal para la actuación con un cierto poder de disposición, no dice respecto únicamente al ejercicio de la acción penal, sino a la persecución, a la deducción y sostenimiento de una pretensión criminal, al inicio y al desarrollo del proceso y al fallo. Por esto, no se puede decir que únicamente hay una contraposición entre obligatoriedad y disponibilidad o mitigada disponibilidad de la acción penal.

3 - Esta reglamentación se aplica también a la extensión del derecho de defensa, en la medida en que ésta puede provocar el término anticipado del proceso, con renuncia de la práctica de determinados mecanismos de protección del *status libertatis*.

4 - Cuando la terminación anticipada del proceso depende de la manifestación volitiva uniforme de las dos partes, estamos ante el consenso, que siempre será un acto bilateral.

QUINTA

La diferencias básicas del sistema procesal penal español del brasileño radica en los siguientes puntos: la fase preliminar, en el sistema español es conducida, como regla, por el Juez instructor, mientras que en el sistema brasileño, como regla, es dirigida por la autoridad policial; las medidas restrictivas o garantizadoras del *status libertatis* en la fase de investigación, en el sistema español están a cargo del Juez instructor, mientras que en el brasileño está a cargo de un Juez ajeno a esta fase procedimental; excepto en el Tribunal del Jurado y en los delitos cometidos por funcionarios públicos, no existe una fase intermedia en el proceso penal brasileño; el proceso penal español permite la acción penal pública, la privada y la popular, lo que no ocurre en el sistema brasileño, pues el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, posibilitándose que la víctima se persone como parte subsidiaria o actue como parte substitutiva del acusador oficial ante su inactividad para ejercer la acción penal; el sistema brasileño no permite la deducción de una pretensión civil en el ámbito criminal, como ocurre en el proceso penal español; el sistema español no garantiza el doble grado de jurisdicción de todas las sentencias de absolución o de condena, lo que ocurre en el proceso penal brasileño, por medio del recurso de apelación, con posterior casación y recurso constitucional, cuyo control, como regla, puede ser realizado en todo proceso, en cualquiera grado de jurisdicción.

SEXTA

Además de la legalidad como principio rector y de la permisión limitada y controlada de mecanismos de oportunidad, principalmente en la forma de consenso, destacamos otros puntos comunes a los dos sistemas: la constitucionalización y la adhesión a principios y reglas de proceso penal proclamadas en pactos y tratados internacionales; una necesaria adecuación de

las actuales leyes procesales a esta nueva realidad; la separación entre las funciones de acusar y de juzgar, no admitiéndose una sentencia sin previa acusación por un sujeto que no ejerzca la jurisdicción; la congruencia del fallo con la realidad de los hechos probados; la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional, y una cierta dependencia, en mayor o menor grado, del Ministerio Fiscal al Poder Ejecutivo; la obligatoriedad de la defensa técnica y de la obligatoria posibilidad de la defensa personal.

SÉPTIMA

1 - La aceptación de la sanción en los mecanismos de consenso, tanto en España, como en Brasil, no significa disponibilidad sobre el hecho, disponibilidad total sobre el proceso o sobre el *ius puniendi*, que se garantiza con la aplicación de una sanción bajo control del órgano judicial.

2 - Los mecanismos de consenso, tanto en España como en Brasil se fundamentan en el ejercicio del derecho de defensa, que provoca la anticipación de la prestación jurisdiccional sobre el fondo, en la potenciación de la función de rehabilitación de una pena consentida, en la actuación más pronta del *ius puniendi*, y en la eficaz reparación de la víctima. Con esto, la defensa evita la incertidumbre temporal del proceso, de su desarrollo, de su término, y del contenido del fallo.

OCTAVA

El límite de la conformidad es la solicitud de pena que no exceda a los seis años de privación de libertad, tanto en el proceso ordinario, como en el abreviado y en el Jurado, con fundamento, además de la interpretación integradora de la previsión legal, en el derecho de defensa. El límite del consenso en el proceso

penal brasileño es la pena abstracta máxima de un año en el acuerdo civil y en el acuerdo criminal, y de un año de pena mínima en la suspensión condicional del proceso, además de los requisitos de merecimiento expresamente previstos en ley. En el reconocimiento de los hechos en el derecho español no juega la pena pedida y tiene una eficacia diferente si es en el ámbito del juicio ordinario o en el del abreviado.

NOVENA

Además de los momentos procesales previstos en ley, la conformidad española, la transacción penal brasileña y la suspensión del juicio a prueba también brasileño, pueden ocurrir a lo largo del juicio oral, ante la prueba de una nueva circunstancia fáctica modificadora de la situación anterior.

DÉCIMA

Ante la pluralidad subjetiva u objetiva, a pesar de la solución dada por el legislador español y de la omisión del legislador brasileño, defendemos que la acumulación subjetiva u objetiva no sean óbices para admitirse la conformidad, el reconocimiento de los hechos, la composición civil, la transacción criminal y la suspensión del juicio a prueba, con fundamento en el derecho de defensa propio de cada acusado, y en el carácter personalismo de la sanción.

UNDÉCIMA

La conformidad se constituye en un acto complejo, evidenciado por la actividad de los sujetos involucrados en el acto procesal, que puede ser tanto unilateral como bilateral, por sus consecuencias instrumentales de renuncia de ciertos actos procesales y terminación anticipada del proceso, y materiales,

como la admisión de una pena y de un juicio de culpabilidad, sin declaración formal.

DUODÉCIMA

1 - En la conformidad con la pena manifestada en el escrito de calificación provisional, por la defensa técnica, como la aceptación de la sanción por el propio acusado en el acto del juicio oral, cuando se le pregunta si acepta la pena, tanto en el proceso ordinario, como en el abreviado, y la conformidad en la fase de conclusiones definitivas en el Tribunal del Jurado, son manifestaciones unilaterales de la defensa, pues la acusación no participa de la manifestación volitiva, la cual le es indiferente, pues admite la pena solicitada.

2 - En estos casos, la conformidad no resulta del consenso, que es un acto bilateral, sino de un poder de disposición unilateral, renunciante de la práctica de actos defensivos ordinarios, dentro de los límites establecidos en la ley. No ocurre renuncia de la defensa técnica o de la defensa personal, sino una afirmación de este derecho, sin ofensa a la presunción de inocencia o al derecho de no declararse culpable.

DECIMOTERCERA

Cuando la acusación y la defensa presentan un escrito conjunto de conformidad en el proceso abreviado, ante el Juez instructor, o en el acto del juicio oral, antes de la producción de la prueba, cuando piden que se dicte sentencia de conformidad, o en la presentación de otro escrito, la conformidad resulta del consenso, de un acto bilateral. Esto también ocurre en el proceso del Jurado, en la presentación del escrito conjunto ante el Juez instructor o en el acto del juicio oral, y en el reconocimiento de los hechos.

DECIMOCUARTA

Lo que diferencia la conformidad contenida en los artículos 655 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es respecto al momento procesal en que es prestada, a la iniciativa del acto procesal y a quién la presenta.

DECIMOQUINTA

Como forma de garantizar una efectiva protección de la persona de la víctima, ante la omisión del legislador, es posible admitirse la conformidad con la pretensión de indemnización en el proceso penal, independiente de la conformidad o no con la sanción penal.

DECIMOSEXTA

1 - Con fundamento en el principio de proporcionalidad, la conformidad y el reconocimiento de los hechos también son adecuados al juicio de faltas, pues alcanzan bienes jurídicos menos valiosos que los delitos. Además, se permite la incidencia de estos mecanismos cuando la falta es conexa con un delito.

2 - La persona jurídica también puede conformarse y reconocer los hechos, como corolario lógico de la admisión de su responsabilidad criminal, aunque se fundamente en la peligrosidad social o de la cosa, y se diga que no cumple pena sino una medida de seguridad.

DECIMOSÉPTIMA

1 - Ante la conformidad, el órgano judicial tiene las siguientes alternativas: condenar el acusado aplicando la pena conformada, condenar y aplicar una pena menos grave, según el principio del *favor rei*, absolver, según el mismo

principio y el interés público en que no haya la condena de un inocente, o determinar la continuación del proceso.

2 - Esto se aplica también al proceso abreviado, donde no admitimos dos especies de conformidad, sino una, limitada a los seis años de solicitud de pena.

3 - El principio acusatorio impide que el órgano jurisdiccional añada otros hechos o cambie la calificación jurídica en perjuicio del reo. También, para no causar indefensión, no podrá aplicar una sanción más grave.

4 - La conformidad con la pretensión civil vincula el órgano judicial tanto a lo que respecta al *an debeat* como al *quantum debeat*.

DECIMOCTAVA

1 - Estimada la conformidad, en los límites de lo admitido o pactado, está ausente uno de los presupuestos de la impugnación, que es el gravamen. En las demás hipótesis, cabe los recursos típicos del ordenamiento procesal penal.

2 - Se admite la revisión criminal para revocar la sentencia de condena en las hipótesis contenidas en la LECrim.

DECIMONOVENA

El Ministerio Público, como defensor de la legalidad puede manifestarse en contra de la aceptación de la pena contenida en la solicitud del acusador privado o popular.

VIGÉSIMA

La conformidad en el proceso ordinario no implica alteración en la pretensión acusatoria, lo que puede ocurrir en el consenso. Para obtenerlo, el Ministerio Público no renuncia a la pretensión, sino a su extensión, es decir, al límite temporal de la sanción.

VIGÉSIMO PRIMERA

1 - El consenso obtenido fuera del proceso, sin la presencia del órgano judicial, no se reviste de la transparencia necesaria para la protección del interés público y de las garantías procesales del imputado. La posibilidad que existe en el proceso abreviado español, del acusador de dirigir el consenso y el destino de la libertad de la persona, retira el control efectivo de la emisión volitiva del consenso. Además, posibilita la amenaza de una acusación más grave, el regateo, en perjuicio de los más propensos a aceptar el acuerdo.

2 - La validez del consenso exige principalmente la manifestación volitiva personal y expresa del acusado ante un tercero imparcial.

VIGÉSIMO SEGUNDA

1 - No admitimos dos especies de conformidad en el abreviado, o la vinculación del órgano judicial a la pena conformada, pues el Juez estaría obligado a aceptar la pena pactada, anulándose el ejercicio de su función jurisdiccional, que también comprende el juzgamiento de la pena debida, convirtiéndose el Juez en una simple figura decorativa, con vulneración de la tutela judicial efectiva.

2 - La expresión “estricta conformidad” ya nació ajena a una exégesis integral de la conformidad, pues la exclusividad de condenar, de absolver y de medir la

sanción incumbe al juzgador. No existe vinculación del Juez a la pena admitida o pactada. Se aplican las reglas del proceso ordinario, incluso en lo que respecta a la responsabilidad civil, al proceso abreviado.

VIGÉSIMO TERCERA

Por aplicación analógica de las reglas del proceso ordinario al abreviado, la conformidad en éste también es con la más grave de las penas solicitadas por las acusaciones, exigiéndose la anuencia de todas las partes en la modalidad de consenso.

VIGÉSIMO CUARTA

1 - Al proceso ante el Tribunal del Jurado se aplican las reglas del proceso ordinario y del abreviado en lo que respecta a la conformidad: momentos procesales, límite de las penas solicitadas, responsabilidad civil, participación de la defensa técnica, no modificación *in peius* del hecho y de la calificación jurídica, acumulación subjetiva y objetiva, por fuerza de los artículos 24.2, 29.2, 42.1, 50.1, y 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

2 - El Magistrado-Presidente determina la continuación del juicio oral ante la inexistencia del hecho o de su no ejecución por el acusado, bien por estimar que la pena debida es más grave que la conformada; somete la conformidad a los jurados por falta de tipicidad, existencia de atenuantes o por causas de exención de pena; disuelve el Tribunal del Jurado cuando estima la conformidad; o condena por una pena más leve en caso de estimar debida.

VIGÉSIMO QUINTA

1 - En el reconocimiento de los hechos el sospechoso reconoce el hecho normativo procesal, es decir, el hecho con apariencia de delito, independientemente de su calificación jurídica. Así, no reconoce una tipicidad específica, un elemento subjetivo común -dolo o imprudencia-, o un específico -finalidad de la conducta-, y ni su culpabilidad.

2 - El reconocimiento deberá ser prestado o ratificado ante el Juez instructor, que efectúa el primer juicio no vinculable, sobre el consenso, dictando auto fundamentado, impugnabile mediante apelación. El Juez de lo Penal representa un segundo filtro del consenso de las partes, sin que también le sea vinculable.

3 - El reconocimiento se constituye en un acto personal, asistido por defensa técnica, con anuencia de los acusadores, autorizados en los hechos de competencia del Juzgado de lo Penal, inferida por la pena en abstracto y no la concreta como ocurre en la conformidad. Esta modalidad de consenso es posible hasta la presentación de los escritos de calificación provisional por la acusación.

4 - El consenso en el reconocimiento de los hechos es un acto revocable, tanto por la acusación, como por la defensa, produciéndose el retorno al *status quo ante*, sin perjuicio de un fallo de absolución, pero sin utilizarlo como prueba de cargo.

5 - En el reconocimiento de los hechos el sospechoso no está reconociendo la responsabilidad criminal, ni la civil.

VIGÉSIMO SEXTA

1 - En las infracciones de menor entidad el legislador brasileño ha previsto en el plano abstracto dos opciones para el Ministerio Fiscal: deducir una pretensión acusatoria ordinaria, es decir, con la posibilidad de aplicación de una sanción criminal prevista en el tipo penal o una pretensión alternativa o *sui generis* de aplicación de una sanción sin los efectos de una pena devenida de una condena.

2 - En las infracciones de medio potencial ofensivo, tras la deducción de la pretensión acusatoria ordinaria, el legislador también en el plano abstracto, otorga al Ministerio Fiscal dos posibilidades: sostener la pretensión deducida o paralizarla provisoriamente, ante el cumplimiento de determinadas condiciones.

3 - Sin embargo, la posibilidad del acuerdo criminal y de la suspensión condicional del proceso, siempre que satisfechos los presupuestos legales, o sea, en el plano concreto, no están en la esfera de disponibilidad subjetiva y opcional del Ministerio Público, sino que se constituyen en derechos de los imputados, incumbiendo al órgano judicial, como garante de los derechos y de las libertades fundamentales tornarlos efectivos.

4 - La defensa, como ocurre en el derecho español, no está obligada a adherirse a ningún mecanismo de consenso. Sin embargo, del punto de vista de la acusación, en el derecho español, no existe una obligatoriedad del Ministerio Fiscal de someterse al consenso.

VIGÉSIMO SÉPTIMA

1 - Tanto en el acuerdo criminal, como en la suspensión condicional del proceso, el Ministerio Público ejerce la acción penal, pues provoca la actividad jurisdiccional. No ocurre una disponibilidad sobre los hechos, sobre la

calificación jurídica, ni en lo que respecta a la acción. Se parte de una certeza procesal de la existencia del hecho, de su tipicidad, de que el imputado es el autor y de que se trata de una infracción que permite el consenso.

2 - En la suspensión condicional del proceso hay una alteración provisoria de la pretensión, más precisamente del *petitum* de condena, para la aplicación proporcional y anticipada del *ius puniendi*, sin los efectos de una condena. La alteración en la pretensión también ocurre, excepcionalmente, en la transacción criminal realizada tras la deducción de la pretensión acusatoria ordinaria.

VIGÉSIMO OCTAVA

La transacción criminal brasileña se constituye en un acto procesal bilateral, resultante del consenso entre la acusación y la defensa, según el cual el autor del hecho, en el ejercicio de su derecho de defensa, se somete al cumplimiento voluntario de una sanción alternativa, es decir, de una multa o de una restricción de derechos, sin que se produzca los efectos de una condena, o genere efectos de naturaleza civil. Hay una incidencia proporcionada del *ius puniendi*.

VIGÉSIMO NOVENA

El órgano judicial no está vinculado al consenso criminal, pues a él cabe, además de estimar o no el consenso, la medición de la sanción consentida y fijar las condiciones de la suspensión del juicio a prueba. No puede condenar o absolver, pues no hubo una investigación contradictoria y no hay reconocimiento de la culpabilidad.

TRIGÉSIMA

Por fuerza de la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, en los mecanismos de consenso es posible, además de la apelación, los demás medios de impugnación, incluso la revisión criminal, el *habeas corpus* y el mandado de seguridad.

TRIGÉSIMO PRIMERA

El incumplimiento del acuerdo criminal no autoriza la conversión de la pena alternativa en privativa de libertad y no autoriza la deducción de la pretensión acusatoria común, pues hubo un agotamiento de la actividad cognitiva y el proceso declarativo está terminado. El problema es de ejecución.

TRIGÉSIMO SEGUNDA

1 - El acuerdo civil brasileño, en el proceso criminal no depende de la deducción de una pretensión criminal y de una pretensión de indemnización, aunque produzca cosa juzgada civil e impida el proceso criminal en los “delitos privados” y en los “delitos semipúblicos”, lo que lo sitúa como perjudicial en relación al acuerdo criminal, mientras que la conformidad con la responsabilidad civil española no produce ningún efecto de naturaleza criminal, y se realiza tras la deducción de una pretensión acumulativa.

2 - El acuerdo civil brasileño se fundamenta en el poder de disposición del autor del hecho, y en la protección procesal de la persona de la víctima, que obtiene un título ejecutivo en su primera comparecencia ante el órgano judicial.

3 - El acuerdo civil vincula al órgano judicial, pues se trata de derechos patrimoniales disponibles, aunque tenga el deber de controlar la existencia de

los presupuestos legales. El Ministerio Fiscal deberá ser oído debido a los efectos criminales del acuerdo.

4 - El incumplimiento del acuerdo civil no retira los efectos impeditivos de la incidencia del *ius puniendi*.

TRIGÉSIMO TERCERA

1 - La suspensión condicional del proceso ocurre tras la deducción de la pretensión acusatoria ordinaria -ofrecimiento de la *denúncia*-, y no hay la restricción de no aplicación a los procesos especiales, como ocurre en la composición civil y en la transacción criminal.

2 - Persiste el interés del Estado en la *persecutio criminis* y en aplicación del *ius puniendi* a través del cumplimiento de ciertas condiciones, sin el estigma de una condena. La ley permite una cierta disposición sobre el proceso, sobre la sanción jurídica y sobre los mecanismos de defensa. Ocurre una anticipación del probable resultado final, con menos consecuencias para el acusado, sin declaración de culpabilidad.

TRIGÉSIMO CUARTA

El proceso sigue su cauce normal cuando el acusado no acepta la suspensión, cuando el Juez la desestima, o en el caso de las causas de revocación de la suspensión, expresamente previstas en ley.

TRIGÉSIMO QUINTA

Las condiciones de la suspensión del proceso se constituyen en sanciones jurídicas criminales consentidas y sustitutivas de la pena criminal común

TRIGÉSIMO SEXTA

El análisis de los requisitos formales y sustanciales de la acusación anteceden al examen de la suspensión condicional del proceso.

TRIGÉSIMO SÉPTIMA

Diferentemente de lo que ocurre con la transacción criminal, en el momento en que el acusado acepta la suspensión del proceso, asume la responsabilidad de indemnizar a la víctima en el período de suspensión, cuyo incumplimiento se constituye en causa impeditiva de la extinción de la punibilidad tras el plazo de suspensión.

TRIGÉSIMO OCTAVA

Como el parámetro de la pena para la efectividad de los mecanismos de consenso en el proceso penal brasileño es su previsión abstracta, deben ser consideradas las causas especiales de aumento y de disminución de la pena, de la forma que más favorezca al acusado.

TRIGÉSIMO NOVENA

De lege ferenda, defendemos en el consenso español:

1 - El establecimiento de un sistema de compensación a los acusados que se conforman con la pena o reconocen los hechos, tales como la retirada de algunos efectos de la sanción criminal, la disminución de su contenido o de su extensión temporal.

2 - Una clara y objetiva delimitación de los requisitos y efectos del consenso.

3 - La realización del consenso en un juicio público, ante el órgano jurisdiccional, para garantizarse la transparencia y el efectivo control por medio de un tercero imparcial.

4 - Una efectiva participación de la víctima en el acto de la realización del consenso, posibilitándose que pueda pedir la continuación del proceso.

5 - Que el parámetro de la conformidad sea con la acusación oficial y no con la privada o popular, teniéndose por límite la pena in abstracto y no el *petitum* de pena, pues la función de penar pertenece al órgano judicial.

6 - La primacía de la manifestación volitiva del acusado frente a la de su letrado, pues a este incumbe seguir la estrategia defensiva elegida por el acusado a quien corresponde cumplir la sanción, que es personal e intransferible.

7 - La reglamentación de la vista ante el Juez de lo Penal en los supuestos del reconocimiento de los hechos.

8 - El establecimiento de otros requisitos además de la pena para la validez de los mecanismos de consenso, como por ejemplo el merecimiento.

9 - La limitación de los mecanismos de consenso a las infracciones de menor entidad.

10 - La reglamentación de la posibilidad de la suspensión del juicio a prueba, mediante consenso, tomándose como parámetro los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

CUADRAGÉSIMA

De *lege ferenda* defendemos en el derecho brasileño:

1 - La reglamentación de la composición civil también en los delitos públicos de menor entidad.

2 - La posibilidad de deducción de la pretensión civil de indemnización en el seno del proceso criminal, en la modalidad del derecho español, como forma de protección de la persona de la víctima.

3 - La reglamentación de la transacción criminal y de la suspensión del juicio a prueba también en los “delitos privados”.

4 - La reglamentación de la ejecución en las hipótesis de incumplimiento de las penas alternativas.

5 - La reglamentación del consenso ante la acumulación subjetiva y objetiva.

6 - La permisión legal de la posibilidad de efectuarse la composición civil y criminal en los procesos especiales.

7 - La ampliación de la aplicabilidad de la suspensión del juicio a prueba hasta penas mínimas en abstracto de seis años de privación de libertad; la previsión de la posibilidad de prórroga del período de suspensión y una adecuación de las causas de su revocación, permitiéndose la retractación.

8 - La reglamentación de la primacía de la voluntad individual del acusado sobre la del letrado en los mecanismos de consenso.

9 - La exigencia de la efectiva participación de la víctima en el acto de la suspensión del proceso, para que pueda discutir la efectiva indemnización, con la fijación del *quantum debeatur*, eficacia de título ejecutivo y ofrecimiento de garantías al efectivo cumplimiento.

10 - El establecimiento de mecanismos de control del cumplimiento de las condiciones de la suspensión condicional del proceso

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto

El Allanamiento en el proceso penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

Proceso, autocomposición y autodefensa, Imprenta Universitaria, México, 1947.

AGUILERA DE PAZ, Enrique

Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, Reus, Madrid, 1914, tomo V.

AGUILERA MORALES, Marien

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

El principio de consenso, la conformidad en el proceso penal español, Cedes, Barcelona, 1998.

ALEXEEVA, Tatiana

“Federación rusa”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 331-353.

ALEXYY, Robert

“Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1988, núm. 5, págs.139-151.

ALMAGRO NOSETE, José

El nuevo proceso penal (con MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y GIMENO SENDRA, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

Instituciones de derecho procesal. Proceso penal (con TOMÉ PAULE, J.), Trivium, Madrid, 1994.

ALTAVA LAVALL, Manuel-Guilhermo

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto

El juicio oral en el proceso penal, con especial referencia al procedimiento abreviado (con MORENO VERDEJO, J., MARCHENA GÓMEZ, M., ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DÍAZ CABIALE, J.A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., y MORAL GARCÍA, A.), Comares, Granada, 1995.

La reforma del proceso penal, (con CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PÉREZ MARIÑO, V., y VARELA CASTRO, L.), Tecnos, Madrid, 1990.

ARAGONESES ALONSO, Pedro

Curso de derecho procesal penal (con ARAGONESES MARTÍNEZ, S.), Edersa, Madrid, 1986.

Proceso y derecho procesal, Edersa, Madrid, 1997.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara

Comentarios a la Ley del Jurado (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

Curso de derecho procesal penal (con ARAGONESES ALONSO, P.), Edersa, Madrid, 1986.

Derecho procesal penal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J.A.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1999.

“El laberinto de los juicios penales”, en *Actualidad Penal*, 1988, núm. 1, págs. 217-234.

“Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, núm. 2, págs. 409-439.

“Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (II): derechos; acción penal, ayudas públicas y asistencia”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1998, núm. 1, págs. 07-32.

Nuevos tribunales y nuevo proceso penal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., ZARZALEJOS NIETO, J., y GONZÁLEZ, J.M.), La Ley, Madrid, 1989.

ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos

Teoria geral do processo (con PELLEGRINI GRINOVER, A., y DINAMARCO, C.R.), Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

ARIAS LOZANO, David

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

ARMENTA DEU, Teresa

Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991.

“Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos descriminalizadores arbitrarios en la R.F.A., con especial referencia al principio de oportunidad”, en *Justicia*, 1990, I, págs. 201-223.

Principio acusatorio y derecho penal, Bosch, Barcelona, 1995.

ARZT, Gunther

Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal (con ROXIN, C., y TIEDEMANN, K.), Ariel, Barcelona, 1988.

ASENCIO MELLADO, José María

Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Trivium, Madrid, 1991.

ASSIS TOLEDO, Francisco

Princípios básicos de direito penal, Saraiva, São Paulo, 1994.

AUGER LIÑÁN, Clemente

“El principio de oportunidad reglada”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 275-286.

BACHMAIER WINTER, Lorena

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

BACIGALUPO, Enrique

“Descriminalización y prevención”, en *Poder Judicial*, 1987, núm. Especial II, págs. 9-27.

BANACLOCHE PALAO, Julio

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

BÄNZIGER, Felix, “Suiza”

Sistemas de proceso penal en Europa (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 356-376.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos

Novo processo civil brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 1998.

BARONA VILAR, Silvia

Derecho jurisdiccional III, proceso penal (con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., y MONTÓN REDONDO, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

La conformidad en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

BAROSIO, Vittorio

“Il processo penale tedesco dopo la riforma del 19 dicembre 1964”, en *Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1965, núm. 1, págs. 48-73, 380-413.

“Il processo penale tedesco dopo la riforma del 19 dicembre 1964”, en *Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1965, núm. 2, págs. 847-860.

“Il processo penale tedesco dopo la riforma del 19 dicembre 1964”, en *Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1966, núm. 1, págs. 102-122, 462-475.

“Il processo penale tedesco dopo la riforma del 19 dicembre 1964”, en *Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1966, 1966, núm. 2, págs. 869-875, 1238-1275.

BATISTA, Nilo

Introdução crítica ao direito penal brasileiro, Revan, Rio de Janeiro, 1996.

BAUMANN, Jürgen

Derecho procesal penal, Depalma, Buenos Aires, 1986.

“La situación del proceso penal en Alemania”, en *Justicia*, 1983, núm. I, págs. 87-108.

BECCARIA, Cesare

De los delitos y de las penas, Alianza, Madrid, 1998.

BELING, Ernst

Derecho procesal penal, Labor, Madrid, 1943.

BERGALLI, Roberto

“Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”, en *Jueces para la Democracia*, 1998, núm. 32, págs. 58-63.

BERMÚDEZ, Víctor Hugo

“La participación del damnificado (víctima) en el proceso penal uruguayo”, en *La víctima en el proceso penal* (con BERTOLINO, P.J., GOITÍA, C.A., KRONAWETTER, A.E., SCARANCE

FERNANDES, A., y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 207-229

BERNAL MARTÍNEZ, Antonio

“La reforma de la justicia penal: los principios, las estructuras, el hombre”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 513-530.

BERTOLINO, Pedro

“La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la argentina”, en *La víctima en el proceso penal*, (con BERMÚDEZ, V.H., GOITÍA, C.A., KRONAWETTER, A.E., SCARANCE FERNANDES, A., y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 1-68.

BERZOSA, Victoria

“Principios del proceso”, en *Justicia*, 1992, III, págs. 553-620.

BETTIOL, Giuseppe

Instituzioni di diritto e procedura penale, Cedam, Padova, 1980.

BITENCOURT, Cezar Roberto

Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão,
Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996.

BONETTI, Michele

Procedimenti speciali in materia penale (PISANI, M., coordinador),
Giuffrè, Milano, 1997.

BOSS, Hans

“Alemania”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 23-37.

BRUNO Accarino

Le figure del consenso. Soggetto morale e istituzioni politiche nella filosofia moderna, Milella, Lecce, 1989.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro M.

La conformidad del acusado en el proceso penal, McGraw-Hill,
Madrid, 1998.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos

“El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1991, núm. 2, págs. 231-298.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás

El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de norteamérica, Comares, Granada, 1996.

CALLEGARI, André Luís

“A medida provisória n. 1571-6, de 25.9.97 -*Abolitio criminis* o *novatio legis in melius* nos crimes de não recolhimento das contribuições previdenciárias”, en *Boletim do IBCCrim*, 1977, núm. 61, págs.15-25.

CARNELUTTI, Francesco

Instituciones de derecho procesal civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1997.

CEDEÑO HERÁN, Marina

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

CEREZO MIR, José

Curso de derecho penal español. Parte general. Tecnos, Madrid, 1998.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente

Direito penal na constituição (con COSTA JUNIOR, P.J.), RT, São Paulo, 1995.

CERVINI, Raul

Los procesos de descriminalización, Editorial Universidad Ltda., Montevideo, 1993.

CHIAVARIO, Mario

“I procedimenti speciali”, *Il codice di procedura penale, esperienze, valutazioni, prospettive* (con PISAPIA, G.D., DE LUCA, G., SIRACUSANO, D., TRANCHINA, G., SCAPARONE, M., MASSA, M., TAORMINA, C., y GIARDIA, A.), Giuffrè, Milano, 1994.

Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero, Giuffrè, Milano, 1991.

“La justice négociée: une problématique a construire”, en *Archives de Politique Criminelle*, 1993, núm. 15, págs. 27-35.

CHIRINOS RIVERA, Sonia

“El reconocimiento de los hechos por parte del imputado”, en *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 569-576.

CHOZAS ALONSO, José Manuel

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel

Derecho penal, parte general (con VIVES ANTÓN, T.S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Code de Procédure Pénale, Litec, Paris, 1998-1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

“El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, 1989, núm. especial VI, págs. 17-36.

“El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 287-308.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido

La reforma del proceso penal (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PÉREZ MARIÑO, V., y VARELA CASTRO, L.), Tecnos, Madrid, 1990.

Los Procesos penales (con GIMENO SENDRA, V., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Bosch, Barcelona, 2000, tomo 6.

**CONGRESO DE DERECHO PROCESAL DE CASTILLA Y LEÓN
(I)**

Crisis de la justicia y reformas procesales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

**CONGRESO DE DERECHO PROCESAL DE CASTILLA Y LEÓN
(II)**

La reforma del proceso penal, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

“Informe sobre el anteproyecto de código penal de 1992”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1992, núm. 48, págs. 642-776.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín

Derecho procesal penal (con GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V.), Colex, Madrid, 1999.

El nuevo proceso penal (con ALMAGRO NOSETE, J., MORENO CATENA, V., y GIMENO SENDRA, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

COSTA ANDRADE, Manuel

“Consenso e oportunidade”, *O novo código de processo penal*, Almedina, Coimbra, 1977.

COSTA JUNIOR, Paulo José

Direito penal na constituição (con CERNICCHIARO, L.V.), RT, São Paulo, 1995.

CRENIER, Anne

“Francia”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 151-170.

CUELLO CONTRERAS, Joaquin

El derecho penal español, curso de iniciación, Civitas, Madrid, 1996.

DALIA, Andrea Antonio

Manuale di diritto processuale penale (con FERRAIOLI, M.), Cedam, Padova, 2000.

DALLARI, Dalmo

“Poder Judiciário: atualidades e perspectivas”, en *Boletim da AJURIS*, 1999, núm. 155, pág. 4.

DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista

Lei dos juizados especiais criminais anotada, Saraiva, São Paulo, 1996.

DAMIÁN MORENO, Juan

“La *inquisitio generalis* como alternativa al sobreseimiento provisional”, en *La Ley*, 1995, núm. 1, págs. 950-955.

La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992 (con GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Colex, Madrid, 1992.

DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio

História do direito português, Almedina, Coimbra, 1999.

DE DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo

Alcance de los términos «sentencia de estricta conformidad», Colex, Madrid, 1998.

“El proceso penal abreviado”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 577-598.

Justicia criminal consensuada (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

La conformidad del acusado, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

“La conformidad en la ley del tribunal del jurado”, en *La Ley*, 1996, núm. 2, págs. 1304-1309.

Los recursos contra las sentencias «de conformidad», Tecnos, Madrid, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés

Comentarios a la ley del jurado (coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1999.

Derecho procesal penal (con ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J.A.), Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999.

“Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal”, en *Revista General de Derecho*, 1992, núms. 577-578, octubre-noviembre, págs. 9853-9903.

Jueces imparciales, Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, PPU, Barcelona, 1988

Nuevos tribunales y nuevo proceso penal (con VEGAS TORRES, J., ZARZALEJOS NIETO, J., GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., y ARAGONESES MARTÍNEZ, S.), La Ley, Madrid, 1989.

“Prólogo” del libro de AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso*, Cedes, Barcelona, 1998, págs. 7-11.

Sobre la cosa juzgada, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1991.

“Voto particular concurrente con el acuerdo del consejo general del poder judicial de 22 de Abril de 1992, por el que se aprueba el informe sobre el anteproyecto de nuevo código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1992, núm. 48, pág. 762.

DELMAS-MARTY, Mireille

Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia), Edijus, Zaragoza, 2000.

DEL PONTE, Carla

“Suiza”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 356-376.

DE LUCA, Giuseppe

Il codice di procedura penale (con PISAPIA, G.D., CHIAVARIO, M., SIRACUSANO, D., TRANCHINA, G., SCAPARONE, M., MASSA, M., TAORMINA, C., y GIARDIA, A.), Giuffrè, Milano, 1994.

DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos

“El largo camino de la ley 7/88: «Del procedimiento abreviado para determinados delitos»”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 113-142.

DE URQUÍA GÓMEZ, F.

“El principio de legalidad y el principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 939-944.

DÍAZ CABIALE, José Antonio

El juicio oral en el proceso penal, con especial referencia al procedimiento abreviado (con MORENO VERDEJO, J., MARCHENA GÓMEZ, M., ESCOBAR JIMÉNEZ, R., MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Comares, Granada, 1995.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio

“Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”, en *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, 2000, núm. 0, págs. 183-195.

DÍEZ-PICAZO, Luis María

El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Ariel, Barcelona, 2000.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel

A instrumentalidade do processo, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

Teoria geral do processo (con PELLEGRINI GRINOVER, A., y ARAÚJO CINTRA. A. C.), Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

DRAGONE, Stefano

Manuale pratico del nuovo processo penale (con FORTUNA, E., FASSONE, E., GIUSTOZZI, R., y PIGNATELLI, A.), Cedam, Padova, 1991.

ERIC WILLEM, Noordhek

“Holanda”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 192-215.

ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael

El juicio oral en el proceso penal, con especial referencia al procedimiento abreviado (con MORENO VERDEJO, J., MARCHENA GÓMEZ, M., DÍAZ CABIALE, J. A., MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Comares, Granada, 1995.

Los recursos en el proceso penal abreviado (con MORAL GARCÍA, A., y MORENO VERDEJO, J.), Comares, Granada, 1999.

ESCUSOL BARRA, Eladio

El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado. (Ley 7/1988, de 28 de diciembre), Colex, Madrid, 1997.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

FABBRINI MIRABETE, Júlio

Juizados especiais criminais, Atlas, São Paulo, 1998.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor

“Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso («la defensa»)", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional III*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 36-99.

Doctrina general del derecho procesal, Bosch, Barcelona, 1990.

“El proceso como función de satisfacción jurídica”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, núm. 1, págs. 17-95.

“Imagen preliminar y fragmentaria de la reforma procesal penal a fines de 1991”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1992, núm. 1, págs. 7-32.

“La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (la conformidad del acusado)”, en *Actualidad Penal*, 1969, tomo 22, págs. 239-268.

“Las «negociaciones» y «conformidades» del sujeto pasivo del proceso penal, en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional III*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 385-418.

“Prólogo” del libro *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional III*, Edersa, Madrid, 1992, págs. XVII-XXXIX.

“Tendencias actuales del derecho procesal penal”, en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional III*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 19-33.

FASSONE, Elvio

Manuale pratico del nuovo processo penale (con FORTUNA, E., DRAGONE, S., GIUSTOZZI, R., y PIGNATELLI, A.), Cedam, Padova, 1991.

FENECH, Miguel

Derecho procesal penal, Bosch, Barcelona, 1945, tomos I, II, y III.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano

“El fiscal en el proceso abreviado de la ley orgánica 7/88”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, págs. 237-251.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús

La reforma del proceso penal (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CONDEPUMPIDO TOURÓN, C., PÉREZ MARIÑO, V., y VARELA CASTRO, L.), Tecnos, Madrid, 1990.

“Justicia a cien por hora. El principio de consenso en el procedimiento abreviado”, en *La Ley*, 1991, núm. 3, págs. 1048-1065.

FERNÁNDEZ DE HEREDIA, Eduardo Gutiérrez de Cabides

Derecho procesal penal (con PRIETO CASTRO, L.), Tecnos, Madrid, 1989.

FERRAIOLI, Marzia

Manuale di diritto processuale penale (con DALIA, A.A.), Cedam, Padova, 2000.

FERRAJOLI, Luigi

Derecho y razón, Trotta, Madrid, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge

Código de processo penal e outra legislação processual penal, Aequitas, Lisboa, 1992.

Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

Direito processual penal, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade, Coimbra, 1988.

“O novo código de processo penal”, en *Direito processual penal* (con PIZARRO BELEZA, T., y ISASCA, F., coordinadores), Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1992, págs. 101-131.

FLORIAN, Eugenio

Elementos de derecho procesal penal, Bosch, Barcelona, 1934.

FONT SERRA, Eduardo

“En torno a la reformatio in peius en el proceso penal”, en *La Ley*, 1989, núm. 4, págs. 1214-1220.

La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal. La Ley, Madrid, 1991.

FORCADA JORDI, Marcos

“Acerca de la conformidad en el proceso penal”, en *La Ley*, 1991, núm. 1, págs. 1022-1029.

FORTUNA, Ennio

Manuale pratico del nuovo processo penale (con DRAGONE, S., FASSONE, E., GIUSTOZZI, R., y PIGNATELLI, A.), Cedam, Padova, 1991.

FREDERICO MARQUES, José

Elementos de direito processual penal, Brookseller, São Paulo, 1997, vol. I.

FRIEDMANN, Lawrence M.

Introducción al derecho norteamericano, Bosch, 1988.

GAITO, Alfredo

Profili del nuovo codice di procedura penale (CONSO, G., y GREVI, V., coordinadores), Cedam, Padova, 1999.

GARBERÍ LLOBREGAT, José

La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992 (con DAMIÁN MORENO, J., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.), Colex, Madrid, 1992.

Los procesos penales (con GIMENO SENDRA, V., y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.), Bosch, Barcelona, 2000, tomos 1 y 6.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio

Derecho penal, introducción, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.

GASPAR, Antônio Enriques

“Processos especiais”, en *O novo código de processo penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, págs. 359-377.

GIACOMUZZI, Wladimir

“Aspectos penais na Lei 9.099/95, en *AJURIS*, 1996, núm. 67, págs. 247-251.

GIARDIA, Angelo

Il codice di procedura penale (con PISAPIA, G.D., CHIAVARIO, M., DE LUCA, G., SIRACUSANO, D., TRANCHINA, G., SCAPARONE, M., MASSA, M., y TAORMINA, C.), Giuffrè, Milano, 1994, pág. 90.

GIMENO SENDRA, Vicente

Derecho procesal penal (con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Colex, Madrid, 1999.

El nuevo proceso penal (con ALMAGRO NOSETE, J., MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

“La nueva regulación de la conformidad (ley orgánica 7/1988)”, en *La Ley*, 1990, núm. 3, págs. 977-982.

“Los procedimientos penales simplificados (principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)”, en *Justicia*, 1987, II, págs. 355-376.

Los procesos penales (con CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Bosch, Barcelona, 2000, tomos 5 y 6.

GIUSTOZZI, Raimondo

Manuale pratico del nuovo processo penale (con FORTUNA, E., DRAGONE, S., FASSONE, E., y PIGNATELLI, A.), Cedam, Padova, 1991.

GOITÍA, Carlos Alberto

“La situación de la víctima del delito en el proceso penal boliviano”, en *La víctima en el proceso penal* (con BERMÚDEZ, V. H., BERTOLINO, P.J., KRONAWETTER, A.E., SCARANCE FERNANDES, A., y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 69-118.

GOLDSCHMIDT, James

Derecho justicial material, Ejea, Buenos Aires, 1959.

Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Ejea, Buenos Aires, 1961.

GOMES, Luiz Flávio

Juizados especiais criminais (con MAGALHÃES GOMES FILHO, A., PELLEGRINI GRINOVER, A., y SCARANCE FERNANDES, A.), RT, São Paulo, 1999.

Penas e medidas alternativas à prisão, RT, São Paulo, 1999.

Suspensão condicional do processo, RT, São Paulo, 1997.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis

Comentarios a la Ley del Jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

Derecho jurisdiccional III. Proceso penal (con MONTERO AROCA, J., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

El proceso penal alemán, introducción y normas básicas, Bosch, Barcelona, 1985.

El proceso penal especial ante el tribunal del jurado, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio

Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, Bosch, Barcelona, 1947, Tomo I.

Derecho procesal penal (con HERCE QUEMADA, V.), Agesa, Madrid, 1987.

GONZÁLEZ CANO, Maria Isabel

“Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores”, en *Tribunales de Justicia*, 2000, núm. 7, págs. 827-844.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio

“Crisis de la justicia y reforma del proceso penal”, en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 267-295.

La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992 (con DAMIÁN MORENO, J., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Colex, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás

La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992, (con DAMIÁN MORENO, J., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Colex, Madrid, 1992.

Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María

Comentarios a la Ley del Jurado (DE LA OLIVA SANTOS, coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

Nuevos tribunales y nuevo proceso penal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y ARAGONESES MARTÍNEZ, S.), La Ley, Madrid, 1989.

GÖSSEL, Karl-Heinz

“Principios fundamentales de las reformas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán”, en *Justicia*, 1985, núm. IV, págs. 877-892.

“Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un estado de derecho y sobre sus relaciones con la policía”, en *Doctrina Penal*, 1991, año 4, págs. 621-659.

GREVI, Vittorio

“Déjudiciarisation (diversion) et médiation”, en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1993, vol. 54, págs. 1017-1035.

GUASP, Jaime Delgado

“Bibliografía”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1947, núm. 2, págs. 341-358.

Derecho procesal civil (actualización de ARAGONESES ALONSO, P.), Civitas, Madrid, 1998, Tomos I y II.

La pretensión procesal, Civitas, Madrid, 1985.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino

“Crisis de la justicia y reforma del proceso penal”, en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 297-308.

“Nuevas perspectivas sobre la situación jurídica penal y procesal de la víctima”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, 1989, págs.155-170.

HABERMAS, Jürgen

“¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1988, núm. 5, págs. 21-45.

La constelación posnacional, Paidós, Barcelona, 2000.

HASSEMER, Winfried

Fundamentos del derecho penal, Bosch, Barcelona, 1984.

“La persecución penal: legalidad y oportunidad”, en *Jueces para la Democracia*, 1988, núm. 4, págs. 8-11.

Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1999.

“Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, tomo XLV, fascículo I, págs. 235-249.

HERCE QUEMADA, Vicente

Derecho procesal penal (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), Agesa, Madrid, 1987.

HERMANN, Joachim

“Diversion and mediation”, en *Revue Internationale de Droit Penale*, 1993, vol. 54, págs. 1043-1058.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

“Consideraciones generales sobre los recursos en materia penal, con especial referencia a la doctrina del tribunal constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1999, núm. 2, págs. 310-342.

Derecho procesal penal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J. A.), Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999.

La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal, Edersa, Madrid, 1996.

ILLUMINATI, Giulio

Profili del nuovo codice di procedura penale (CONSO, G., y GREVI, V., coordinadores), Cedam, Padova, 1999.

ISASCA, Francisco

Direito processual penal, (coordinador), Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1992, págs. 101-131.

JAKOBS, Günther

Derecho penal, parte general, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich

Tratado de derecho penal, Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique

Derecho procesal penal, Edersa, Madrid, sin fecha, tomo I.

JUNG, Heike

“Le ministère public: portrait d’une institution”, en *Archives de Politique Criminelle*, 1993, núm 15, págs. 15-26.

KRONAWETTER, Alfredo Enrique

“La emergencia de un ‘Nuevo’ sujeto: la víctima y el imperativo constitucional de su participación en el proceso penal paraguayo”, en *La víctima en el proceso penal* (con BERMÚDEZ, V.H., BERTOLINO, P.J., GOITÍA, C.A., SCARANCE FERNANDES, A., y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 181-206.

LANGBACH, Tor

“Noruega”, en *Sistemas de proceso penal en Europa*, (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 293-311.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio

“La proporcionalidad de la norma penal”, en *Revista Ibéro-Americana de Ciências Penais*, 2000, núm. 0, págs. 223-250.

LEMMO, Elio

Profili del nuovo codice di procedura penale (CONSO, G., y GREVI, V., coordinadores), Cedam, Padova, 1999.

LEONE, Giovanni

Trattato di diritto processuale penale, Jovene, Napoli, 1961, tomo I.

LEONES DANTAS, António

“Portugal”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 314-330.

LÓPEZ LORENZO, Virtudes

“La conformidad en el procedimiento establecido por la Ley de octubre (sic) de 1988”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, IX, págs. 383-395.

LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada

“La ausencia del acusado en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1962, núm. 3, págs. 567-591.

LÓPEZ SIMÓ, Francisco

Comentarios a la ley del jurado (DE LA OLIVA SANTOS, coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

LUHMANN, Niklas

Procedimenti giuridici e legittimazione sociale, Giuffré, Milano, 1995.

MACCHIA, Alberto

Il patteggiamento, Giuffré, Milano, 1992.

MACIÁ GÓMEZ, Ramón

Sistemas de proceso penal en Europa (coordinador), Cedes, Barcelona, 1998.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio

Juizados especiais criminais (con GOMES, L.F., PELLEGRINI GRINOVER, A., y SCARANCE FERNANDES, A.), RT, São Paulo, 1999.

MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes

Código de processo penal anotado, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

MAIER, Julio Bernardo

La ordenanza procesal penal alemana, Depalma, Buenos Aires, 1978.

“La reforma del proceso penal”, *XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 1736-1748.

MALLO MALLO, Luis Adolfo

“Algunas consideraciones sobre la conformidad en el procedimiento abreviado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, IX, 1992, págs. 397-410.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis

“Los principios del proceso penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, V, págs. 29-50.

“Oportunidad y conformidad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, V, págs. 29-50.

MANZINI, Vincenzo

Tratado de derecho procesal penal, Ejea, Buenos Aires, 1951, tomos I y II.

MAQUEDA ABREU, Maria Luisa

Suspensión condicional de la pena y probation, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel

“El fiscal y la ley del jurado”, en *El tribunal del jurado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 271-341.

El juicio oral en el proceso penal, con especial referencia al procedimiento abreviado (con MORENO VERDEJO, J., ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DÍAS CABIALE, J.A., MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Comares, Granada, 1995.

MARCO COSS, José-Manuel

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

MARTÍN OSTOS, José

“La conformidad en el proceso penal”, en *La Ley*, 1996, núm. 5, págs. 1497-1505.

“La posición del imputado en el nuevo proceso abreviado”, en *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 77-111.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés

“El principio acusatorio: teoría general y desarrollo jurisprudencial”, en *Justicia*, 1992, IV, págs. 833-879.

MARTINS BATISTA, Weber

Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques, Saraiva, São Paulo, 1992.

MASSA, Michele

Il codice di procedura penale (con PISAPIA, G. D., CHIAVARIO, M., DE LUCA, G., GIARDIA, A., SIRACUSANO, D., TRANCHINA, G., SCAPARONE, M., y TAORMINA, C.), Giuffrè, Milano, 1994, pág. 90.

MCNAUGHT, John

“Inglaterra y Gales”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACÍA GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 214-230.

MIRA ROS, Corazón

Régimen actual de la conformidad, Colex, Madrid, 1998.

MIR PUIG, Santiago

Derecho penal, parte general, PPU, Barcelona, 1998.

MOMMSEN, Teodoro

El derecho penal romano, Jiménez Gil Editor, Facsímil, Pamplona, 1999, tomo I.

MONTERO AROCA, Juan

Comentarios a la ley del jurado (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

Derecho jurisdiccional III. Proceso penal (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

El derecho procesal en el siglo XX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Introducción al derecho procesal, Tecnos, Madrid, 1976.

Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1997.

Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1999.

MONTÓN REDONDO, Alberto

Derecho jurisdiccional III. Proceso penal (con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORAL GARCÍA, Antonio

El juicio oral en el proceso penal, con especial referencia al procedimiento abreviado (con MORENO VERDEJO, J.,

MARCHENA GÓMEZ, M., ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DÍAZ CABIALE, J. A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Comares, Granada, 1995.

Los recursos en el proceso penal abreviado (con ESCOBAR JIMÉNEZ, R., y MORENO VERDEJO, J.), Comares, Granada, 1999.

MORALES PRATS, Fermín

Manual de derecho penal, parte general (con QUINTEROS OLIVARES, G., y PRATS CANUT, J. M.), Aranzadi, Pamplona, 1999.

MORENO CATENA, Víctor

Derecho procesal penal (con GIMENO SENDRA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Madrid, Colex, 1999.

El nuevo proceso penal (con ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y GIMENO SENDRA, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

La defensa en el proceso penal, Civitas, Madrid, 1982.

“La justicia penal y su reforma”, en *Justicia*, 1988, II, págs. 313-318.

MORENO VERDEJO, Jaime

“La conformidad en el procedimiento abreviado”, en *El juicio oral en el proceso penal* (con MARCHENA GÓMEZ, M., ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DÍAZ CABIALE, J. A., MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Comares, Granada, 1995.

Los recursos en el proceso penal abreviado, (con MORAL GARCÍA, A., y ESCOBAR JIMÉNEZ, R.), Comares, Granada, 1999.

MORGAN, Virginia

“Estados Unidos de América”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 125-150.

MUERZA ESPARZA, Julio

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

Derecho procesal penal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., y TOMÉ GARCÍA, J.A.), Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999.

MUÑOZ ROJAS, Tomás

“Una síntesis del proceso penal abreviado, (ley orgánica 7/1988), en *Actualidad Penal*, 1989, núm. 2, págs. 2139-2145.

NAUMOVA, Svetlana

“Federación Rusa”, en *Sistemas de proceso penal en Europa*, (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 331-353.

NEPPI MODONA, Guido

Profili del nuovo codice di procedura penale (CONSO, G., y GREVI, V., coordinadores), Cedam, Padova, 1999.

OLIVEIRA, Odete Maria

Problemática da vítima de crimes, Rei dos Livros, Lisboa, 1994.

ORTELLS RAMOS, Manuel

“El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales”, en *Justicia*, 1989, III, págs. 545-568.

“La ausencia del imputado en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1978, núms. 2-3, págs. 433 y ss.

“Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, págs. 111-146.

PALIERO, Carlo Enrico

«*Minima non curat praetor*», *ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985.

PALOMO DEL ARCO, Andrés

“Dosimetria y conformidad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, págs. 367-382.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto

“La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, núms. 2-3, págs. 647-701.

“Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 322-385.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada

As garantias constitucionais do direito de ação, RT, São Paulo, 1977.

Juizados especiais criminais, (con GOMES, L.F., GOMES FILHO, A.M., y SCARANCE FERNANDES, A.), RT, São Paulo, 1999.

“Lineamenti generali del nuovo processo penale in America Latina e punti di convergenza con el modello italiano”, en *Il Nuovo codice di procedura penale visto dall'estero* (CHIAVARIO, M., coordinador), Giuffrè, Milano, 1991, págs.137-167.

Teoria geral do processo (con ARAÚJO CINTRA, A.C., y DINAMARCO, C.R.), Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

PEÑA VILLANUEVA, Juan-José

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

PEREDA RODRIGUEZ, JM

El acto de conciliación en el proceso penal, en *Revista de Derecho Procesal*, 1969, núm. 2, págs.

PÉREZ CEBADERA, María-Angeles

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

PÉREZ MARIÑO, Ventura

La reforma del proceso penal (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., y VARELA CASTRO, L.), Tecnos, Madrid, 1990.

PERONI RANCHET, Roberto

Procedimenti speciali in materia penale (PISANI, M., coordinador), Giuffrè Editore, Milano, 1997.

PICÓ I JUNOY, Joan

Las garantías constitucionales del proceso, Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PIERANGELLI, José Henrique

Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas, Jalovi Ltda, São Paulo, 1983.

PIGNATELLI, Amos

Manuale pratico del nuovo Processo penale (con FORTUNA, E., DRAGONI, S., FASSONE, E., y GIUSTOZZI, R.), Cedam, Padova, 1991.

PIZARRO BELEZA, Terezinha

Direito processual penal, (coordinadora), Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1992, págs. 101-131.

ROBALO, Antônio Domingos

Noções elementares da tramitação do processo penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

PISANI, Mario

Procedimenti speciali in materia penale (coordinador), Giuffrè, Milano, 1997.

PISAPIA, Giandomenico

Il codice di procedura penale (con CHIAVARIO, M., DE LUCA, G., GIARDIA, A., MASSA, M., SIRACUSANO, D., TAORMINA, C., TRANCHINA, G., y SCAPARONE, M.), Giuffrè, Milano, 1994, pág. 90.

Lezioni sul nuovo processo penale, Giuffrè, Milano, 1990.

PIZIALE, Giorgio

Procedimenti speciali in materia penale (PISANI, M., coordinador), Giuffrè, Milano, 1997.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

PODVAL, Roberto

“Juizados especiais cíveis e criminais”, en *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial* (SILVA FRANCO, A., y STOCO, R., coordinadores), RT, São Paulo, 1997.

PONZ NOMDEDEIR, Eugenio-Vicente

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

PRADA SOLAESA, José

“España”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998.

PRATS CANUT, José Miguel

Manual de derecho penal, parte general (con QUINTEROS OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F.), Aranzadi, Pamplona, 1999.

PRIETO CASTRO, Leonardo

Derecho procesal penal (con GUTIERREZ DE CABIEDES, E., y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E.), Tecnos, Madrid, 1989.

PUENTE SEGURA, Leopoldo

La conformidad en el proceso penal español, Colex, Madrid, 1994.

PUJOL, Assumpta

“Andorra”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÀ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998.

QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo

Manual de derecho penal, parte general (con MORALES PRATS, F., y PRATS CANUT, J. M.), Aranzadi, Pamplona, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco

El proceso penal, cuarta lectura constitucional, Bosch, Barcelona, 1999.

RICCIO, Giuseppe

“Procedimenti speciale”, *Profili del nuovo codice di procedura penale* (CONSO, G., y GREVI, V., coordinadores), Cedam, Padova, 1999, págs. 489-547.

RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás

El consenso en el proceso penal español, Bosch, Barcelona, 1997.

La justicia negociada, experiencias de derecho comparado,
Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

ROSADO DE AGUIAR, Ruy

“Reforma do poder judiciário”, en *Boletim da AJURIS*, 1999, núm. 152, pág. 8.

ROXIN, Claus

Derecho penal, parte general, Civitas, Madrid, 1999.

Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

“Introducción a la ley procesal penal alemana de 1877”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, núm. 16, págs. 171-186.

Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal (con ARZT, G., y TIEDEMANN, K.), Ariel Derecho, Barcelona, 1988.

“Prólogo” del libro de ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.

RUIZ VADILLO, Enrique

“Crisis de la justicia y reforma del proceso penal”, en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 309-333.

“La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, 1987, núm. especial II, págs. 53-89.

SAAVEDRA GALLO, Pablo

“El reconocimiento de hechos en el proceso penal abreviado”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 869-877.

SAITO, Seiji

“El proceso penal japonés: un compromiso entre el modelo Alemán y el angloamericano”, en *Justicia*, 1992, III, págs. 717-723.

SALOM ESCRIVÁ

Juan-Salvador, *Comentarios a la ley del jurado* (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

SANCHÍS CRESPO, Carolina

El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado, Comares, Granada, 1995.

SANTALUCIA, Bernardo

Derecho penal romano, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1990.

SANTANA VEGA, Dulce María

“Principio de oportunidad y sistema penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, XLVII, págs. 105-136.

SCAPARONE, Metello

Profili del nuovo codice di procedura penale (CONSO, G., y GREVI, V., coordinadores), Cedam, Padova, 1999.

SCARANCE FERNANDES, Antônio

“A vítima no processo penal brasileiro”, en *La víctima en el proceso penal* (con BERMÚDEZ, V. H., BERTOLINO, P.J., GOITÍA, C.A., KRONAWETTER, A.E., y TAVOLARI OLIVEROS, R.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 119-157.

Juizados especiais criminais, (con GOMES, L.F., GOMES FILHO, A.M., y PELLEGRINI GRINOVER, A.), RT, São Paulo, 1999

SCHLÜCHTER, Ellen

Derecho procesal penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SCHÖNE, Wolfgang

“Líneas generales del proceso penal alemán (instrucción, juicio y tendencias de reforma)”, en *Justicia*, 1989, III, págs. 685-709.

SCHÜNEMANN, Bernard

“¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1991, núm. VIII, págs. 49-58.

“La política criminal y el sistema de derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, tomo XLIV, fascículo I, págs. 693-713.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel

“El juicio oral”, en *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, págs. 775 y ss.

“Prólogo” del libro *Las garantías constitucionales del proceso*, de PICÓ Y JUNOY, Juan.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio

El juicio oral en el proceso penal, con especial referencia al procedimiento abreviado (con MORENO VERDEJO, J., MARCHENA GÓMEZ, M., ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DÍAZ CABIALE, J. A., MORAL GARCÍA, A., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Comares, Granada, 1995.

SERRANO PASCUAL, Mariano

Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho español, Trivium, Madrid, 1999.

SILVA JARDIM, Afrânio

Direito processual penal, Forense, Rio de Janeiro, 1997.

SILVA SOARES, Guido Fernando

Common law, introdução ao direito dos EUA, RT, São Paulo, 1999.

SPANGHER, Giorgio

Profili del nuovo codice di procedura penale, (CONSO, G., y GREVI, V., coordinadores), Cedam, Padova, 1999.

SPATARO, Armando

“Italia”, en *Sistemas de proceso penal en Europa*, (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998.

TAORMINA, Carlo

Il codice di procedura penale (con PISAPIA, G. D., CHIAVARIO, M., DE LUCA, G., GIARDIA, A., MASSA, M., SIRACUSANO, D., TRANCHINA, G., y SCAPARONE, M.), Giuffrè, Milano, 1994, pág. 90.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl

“La situación de la víctima del delito en el proceso penal chileno”, en *La víctima en el proceso penal* (con BERMÚDEZ, V.H., BERTOLINO, P.J., GOITÍA, C.A., KRONAWETTER, A.E., y SCARANCE FERNANDES, A.), Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 159-180.

THAMAN, Stephen C.

Comentarios a la ley del jurado (MONTERO AROCA, J., coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999.

TIEDEMANN, Klaus

Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal (con ARZT, G., y ROXIN, C.), Ariel, Barcelona, 1988.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio

Comentarios a la ley del jurado, (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

Derecho procesal penal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., y MUERZA ESPARZA, J.), Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

El tribunal del jurado: competencia, composición y procedimiento, Edersa, Madrid, 1996.

TOMÉ PAULE, José

Instituciones de derecho procesal (con ALMAGRO NOSETE), Trivium, Madrid, 1994.

TORNAGHI, Hélio Bastos

Instituições de processo penal, Saraiva, São Paulo, 1977, Vol. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa

Proceso penal, Saraiva, São Paulo, 1997, vols. 1 y 4.

TRANCHINA, Giovanni

Il codice di procedura penale (con PISAPIA, G.D., CHIAVARIO, M., DE LUCA, G., GIARDIA, A., MASSA, M., SIRACUSANO, D., SCAPARONE, M., y TAORMINA, C.), Giuffrè, Milano, 1994, pág. 90.

URI, Einike

“Estonia”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998.

VARELA CASTRO, Luciano

La reforma del proceso Penal (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., y PÉREZ MARÍÑO, V.), Tecnos, Madrid, 1990.

“Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, IX, págs. 185-235.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis

“Crisis de la justicia y reforma del proceso penal”, en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 335-399.

Presunción de inocencia del imputado e intima convicción del Tribunal, Bosch, Barcelona, 1984.

VEGAS TORRES, Jaime

Comentarios a la ley del jurado, (DE LA OLIVA SANTOS, A., coordinador), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

Derecho procesal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ZARZALEJOS, J., GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., y ARAGONESES MARTÍNEZ, S.), La Ley, Madrid, 1989.

Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993.

VIGONI, Daniela

“L’applicazione della pena su richiesta delle parti”, en *Procedimenti speciali in materia penale* (PISANI, M., coordinador), Giuffrè, Milano, 1997 págs. 109-342.

VITÚ, André

“Los rasgos característicos del procedimiento penal francés”, en *Justicia*, 1989, II, págs. 441-454.

VIVES ANTÓN, Tomás S.

Comentarios a la ley de medidas urgentes de reforma procesal, II, la reforma del proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

Derecho penal, parte general (con COBO DEL ROSAL, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

“Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *Poder Judicial*, 1987, núm. especial II, págs. 93-127.

VOENA, Giovanni Paolo

Profili del nuovo codice di procedura penale (CONSO, G., y GREVI, V., coordinadores), Cedam, Padova, 1999.

VOLKMANN-SCHLUCK, Thomas

“La evolución del proceso alemán en el siglo XX”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, núm. 9, págs. 75-84.

WELZEL, Hans

Derecho penal, parte general, Depalma, Buenos Aires, 1956.

WESSELS, Johannes

Direito penal, Fabris, Porto Alegre, 1976.

WESTON, Anthony

Las claves de la argumentación, Ariel, Barcelona, 1998.

XIOL RÍOS, Juan Antonio

“Lineas fundamentales del futuro proceso penal”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 189-220.

ZAIRY, Anna

“Grecia”, en *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACIÁ GÓMEZ, R., coordinador), Cedes, Barcelona, 1998, págs. 171-189.

ZANETTI, Elena

Procedimenti speciali in materia penale (PISANI, M., coordinador), Giuffrè, Milano, 1997.

ZARZALEJOS NIETO, Jesús

Nuevos tribunales y nuevo proceso penal (con DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., y ARAGONESES MARTÍNEZ, S.), La Ley, Madrid, 1989.

ZIPF, Heinz

Introducción a la política criminal, Edersa, Madrid, 1979.